

Beziehungen der Grundrechte untereinander

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BEAT ROHRER
von Buchs SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

1902
—

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Beziehungen der Grundrechte untereinander

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BEAT ROHRER
von Buchs SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ulrich Häfelin

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 15. Juli 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 31 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich

*Meinen Eltern,
Trix und Mirjam*

Vorwort

An dieser Stelle möchte ich Herrn Prof. Dr. U. Häfelin meinen herzlichen Dank aussprechen für seine zahlreichen wertvollen Anregungen zu dieser Arbeit und für die grosse Freiheit, die er mir bei deren Ausgestaltung gewährte.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	XIII
Literaturübersicht	XV
Einleitung	XXI

1. Kapitel

Begriff und Eigenart der Grundrechte aus heutiger Sicht

§ 1	Begriff und Eigenart der Grundrechte	1
I	Begriff	1
II	Eigenart der Grundrechte	3
	A) Punktuelle Gewährleistung in der schweizerischen Bundesverfassung	3
	B) Die Konkretisierungsbedürftigkeit der Grundrechte	4
§ 2	Das aktuelle Grundrechtsverständnis	6
I	Tendenzen eines gewandelten Grundrechtsverständnisses in der Bundesrepublik Deutschland	6
II	Aspekte eines gewandelten Grundrechtsverständnisses im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechts	8
	A) Die Rückbesinnung auf eine "objektivrechtliche" Bedeutung der Grundrechte	9
	B) Konsequenzen aus einem zeitgemässen Grundrechtsverständnis für eine wirksame Grundrechtsverwirklichung	11
	1. Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte	11
	2. Das Postulat der Leistungsansprüche aus Grundrechten	13
	3. Die Anerkennung von Beziehungen zwischen den Grundrechten im Rahmen des gewandelten Grundrechtsverständnisses	13

2. Kapitel

Grundrechtskonflikte im deutschen Verfassungsrecht

§ 3	Begriffliches	16
I	Allgemeines	16
II	Grundrechtskonkurrenzen	16
III	Grundrechtskollisionen	18
IV	Grundrechtskonkurrenzen und -kollisionen als Scheinprobleme?	20
§ 4	Die Bedeutung des Problems der Grundrechtskonflikte: Schrankendivergenz	20
I	Allgemeines	20
II	Begriff und Grundlagen der Grundrechtsschranken im Bonner Grundgesetz	21
III	Differenziertes Schrankensystem im Bonner Grundgesetz?	22

A) Die besondere Problematik vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte	23
B) Kritik an der Übertragung der Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG auf andere Grundrechte	24
C) Ergebnis: Schrankendivergenz	25
§ 5 Die Lösung der Grundrechtskonflikte	25
I Allgemeines	25
II Grundrechtskonkurrenzen	27
A) Versuche, Grundrechtskonkurrenzen mittels der Vorrangstellung eines der beteiligten Grundrechte zu lösen	27
1. Vorrang des stärker beschränkbaren Grundrechts	27
2. Vorrang des weniger beschränkbaren Grundrechts	28
3. "Spezialität" eines der beteiligten Grundrechte	29
B) Lösungsvorschläge für Grundrechtskonkurrenzen, welche nicht einem der beteiligten Grundrechte eine Vorrangstellung einräumen	31
III Grundrechtskollisionen	33
A) Generelle Lösungsformel	33
B) Einzelfallorientierte Lösung	34

3. Kapitel

Grundrechtskonflikte im schweizerischen Verfassungsrecht

§ 6 Begriffliches	37
I Allgemeines	37
II Unterscheidung zwischen "echten" und "unechten" Grundrechtskonkurrenzen	38
§ 7 Bedeutung des Problems der Grundrechtskonkurrenzen im schweizerischen Verfassungsrecht	39
I Formellrechtliche Gesichtspunkte	39
A) Staatsrechtliche Beschwerde	39
B) Verwaltungsgerichtsbeschwerde	41
II Schrankendivergenz bei den Grundrechten der Schweizerischen Bundesverfassung?	42
A) Allgemeines	42
B) Grundsätzliches zu den Schranken der Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht	43
C) Immanente Grundrechtsschranken	43
D) Materielle Schrankendivergenz im schweizerischen Verfassungsrecht?	44
E) Die "öffentliche Ordnung" als grundlegende, allen Grundrechten gemeinsame Schranke?	46
III Die Grundrechtsschranken im Verfassungsentwurf 1977	48
§ 8 Die Lösungen von Grundrechtskonflikten in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts	49
I Allgemeines	49
II Grundrechtskonkurrenzen im weiteren Sinne	50

A) Allgemeines	50
B) Tatbestandsabgrenzung in der Praxis des Bundesgerichts	52
C) Spezialität	55
D) Subsidiarität	56
III Grundrechtskonkurrenzen im engeren Sinn	57
A) Allgemeines	57
B) "Verdrängung" der konkurrierenden Grundrechte	57
1. Ursprung der "Verdrängung" in der Kompetenz- aufteilung früherer Organisationsgesetze	57
2. Konkurrenz zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Presse- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit	58
3. Konkurrenz zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie	61
C) Keine Auflösung des bestehenden Konkurrenz- verhältnisses	64
D) Die Lösung einer Grundrechtskonkurrenz durch Prüfung einzelner Aspekte des Sachverhalts unter verschiedenen Grundrechten	66
E) Anwendung mehrerer Grundrechte auf den gesamten Sachverhalt	66
IV Die Forderung nach einem differenzierten Vorgehen zur Lösung von Grundrechtskonkurrenzen	68

4. Kapitel

Die Anerkennung eines "Hauptgrundrechts"

§ 9 Hauptgrundrecht im deutschen Verfassungsrecht	69
I Allgemeines	69
II Die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 GG als Hauptgrundrecht	70
A) Art. 2 Abs. 1 GG als "Muttergrundrecht"	70
B) Art. 2 Abs. 1 GG als "Auffanggrundrecht"	71
C) Eigenständiger Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG	74
§ 10 Die persönliche Freiheit als Hauptgrundrecht im schweizerischen Verfassungsrecht	76
I Die Anerkennung der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht	76
II Die persönliche Freiheit als "Muttergrundrecht"?	77
III Persönliche Freiheit als "Auffanggrundrecht"?	79
A) Allgemeines	79
B) Praktische Bedeutung der persönlichen Freiheit als komplementäres Grundrecht	80
C) Persönliche Freiheit als "subsidiäres" Grundrecht	85
1. Das Problem	85
2. Persönliche Freiheit und Handels- und Gewerbefreiheit	85
3. Persönliche Freiheit und Art. 4 BV	85
IV Tendenz zur Einengung des Schutzbereiches der persönlichen Freiheit in der neueren Bundesgerichtspraxis?	86

§ 11	Art. 4 BV in der Rolle eines Hauptgrundrechts?	89
I	Die in Art. 4 BV enthaltenen Garantien	89
II	Die fehlende Eignung von Art. 4 BV als Hauptgrundrecht	90
§ 12	Kein Hauptgrundrecht im Verfassungsentwurf 1977	93
I	Trennung von Grundrechten und Grundsätzen staatlichen Handelns	93
II	Einengung des Schutzbereiches der persönlichen Freiheit	94

5. Kapitel

Rangordnung unter den Grundrechten im deutschen Verfassungsrecht

§ 13	Versuche, aus dem Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes eine Rangordnung unter den Grundrechten abzuleiten	97
I	Allgemeines	97
II	Rangordnung aufgrund unterschiedlicher Beschränkbarkeit der Grundrechte	98
III	Rangunterschiede aufgrund unterschiedlicher thematischer Nähe zur Menschenwürde	99
IV	Personengutwert vor Sachgutwert	99
§ 14	Die Ablehnung einer Grundrechtsrangordnung	101
I	Allgemeines	101
II	Keine Lösung von Grundrechtskonflikten aufgrund der Höherrangigkeit eines der beteiligten Grundrechte	102

6. Kapitel

Unterschiedliche Ranghöhe von Grundrechten im schweizerischen Verfassungsrecht

§ 15	Ungleiche Behandlung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte	104
I	Allgemeines	104
II	Die "preferred-freedom"-These	105
A)	Begriff und Bedeutung der "preferred-freedom"-These in den USA	105
1.	Begriff und Herkunft	105
2.	Bedeutung im Verfassungsrecht der USA	106
B)	"Preferred position" der ideellen Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht	107
1.	Die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts	107
2.	Der Fall Aleinick (BGE 96 I 586 ff.)	108
3.	Das Aleinick-Urteil als Ausdruck einer gewandelten, die ideellen Grundrechte bevorzugenden Grundrechtsauffassung?	110
a)	Das Aleinick-Urteil als Einzelentscheid	110

b) Die Ausübung von Grundrechten auf öffentlichem Grund	111
c) Besserstellung von Presse- und Meinungsäußerungsfreiheit durch das Verbot präventiver Einschränkungen?	112
d) Berücksichtigung mehrerer Grundrechte bei Grundrechtskonflikten zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten als Folge einer Besserstellung ideeller Grundrechte?	114
III Fazit: Keine Rangunterschiede zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten	115
IV Die unterschiedliche Ausgestaltung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte im Verfassungsentwurf 1977	115
§ 16 Andere Kriterien für die Höherbewertung einzelner Grundrechte oder Grundrechtsgruppen	117
I Die Anerkennung einer Art unantastbaren Wesens- oder Kerngehaltes	117
A) Allgemeines	117
B) Der unantastbare Wesensgehalt der persönlichen Freiheit, der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit in der Praxis des Bundesgerichts	118
1. Persönliche Freiheit	118
2. Eigentumsgarantie	119
3. Handels- und Gewerbefreiheit	119
C) Keine Privilegierung der mit einem Schutz des Kerngehaltes versehenen Grundrechte	119
II Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte als höherrangige Grundrechte?	120
A) Allgemeines	120
B) Entwicklung und Bedeutung der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten	121
1. Entwicklung der Lehre in der Praxis des Bundesgerichtes	121
2. Die Bedeutung der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten	122
III Ergebnis: Keine Kriterien für eine unterschiedliche Wertigkeit verschiedener Grundrechte	124

Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht
Aufl.	Auflage
B.	Bemerkung
BBl.	Bundesblatt
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBI. I 243) in der Fassung vom 5. August 1964 (BGBI. I 593)
bzw.	beziehungsweise
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
dStGB	(deutsches) Strafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (BGBI. 127) in der Fassung vom 25. August 1953 (BGBI. I 1083)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Erw.	Erwägung(en)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 ..., in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBI. 1)
hrsg.	herausgegeben
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
N.	Note
NF	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no	numéro
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (SR 173.110)
Randnr.	Randnummer
SAD	Schweizerischer Aufklärungs-Dienst
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderen(-m)
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVG	Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)

VwGO

z.B.

ZBl.

ZBJV

ZSR

(deutsche) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I 17)
zum Beispiel
Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Literaturverzeichnis

- Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, Band VI: Schlussbericht der Arbeitsgruppe, Bern 1973, *zitiert*: Schlussbericht
- Aubert Jean-François*, Traité de droit constitutionnel suisse, 2 Bände, Paris/Neuchâtel 1967, *zitiert*: Traité
- Les droits fondamentaux dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse, Essai de synthèse, in: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie, Festschrift zum 70. Geburtstag von Werner Kägi, Zürich 1979, 1 ff., *zitiert*: Les droits fondamentaux
- Bachof Otto*, Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Band III/1, hrsg. von Bettermann/Nipperdey/Scheuner, 2. Aufl. Berlin 1972, 155 ff.
- Berg Wilfried*, Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Berlin/Frankfurt a.M. 1968
- Bersier Roland*, Contribution à l'étude de la liberté personnelle, L'internement des aliénés et des asociaux, La stérilisation des aliénés, Diss. Lausanne 1968
- Bethge Herbert*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Band 17, München 1977
- Bettermann Karl August*, Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968
- Binswanger Hans Christoph*, Eigentumsgarantie und Eigentumsordnung in einer revidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 1. Aufl. 1978, 111 ff., *zitiert*: Eigentumsgarantie
- Garantie einer echt liberalen Eigentumsordnung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, 1979, 165 ff., *zitiert*: Garantie
- Birchmeier Wilhelm*, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, Zürich 1950
- Blaesing Heiner*, Grundrechtskollisionen, Diss. Bochum 1968
- Bleckmann Herbert*, Allgemeine Grundrechtslehren, Köln u.a. 1979
- Böckenförde Ernst-Wolfgang*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff., *zitiert*: Grundrechtstheorie
- Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28 (1970) 33 ff., *zitiert*: Gewissensfreiheit
- Bosshart Jürg*, Demonstrationen auf öffentlichem Grund, Diss. Zürich 1973
- Bridel Marcel*, Sur les limites des libertés individuelles, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, 99 ff.
- Bumbacher Jan Alexander*, Die öffentliche Ordnung – eine Schranke der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1956
- Burckhardt Walther*, Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl. Bern 1931
- Dietel Alfred*, Ermessensschränken bei Eingriffen in das Versammlungs- und Demonstrationsrecht, DVBl. 1969, 569 ff.
- Erbel Günter*, Inhalt und Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Kunstfreiheitsgarantie, Berlin, Heidelberg, New York 1966
- Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung*, Arbeitspapier I, 1974, *zitiert*: Arbeitspapier I
- Arbeitspapier II, "Kern-Verfassung" 1975, *zitiert*: Arbeitspapier II
 - Verfassungsentwurf, Bern 1977, *zitiert*: Verfassungsentwurf 1977
 - Bericht, Bern 1977, *zitiert*: Bericht
- Fischer Konrad*, Über den Geltungsbereich der Pressefreiheit, Diss. Zürich 1973
- Fleiner Fritz/Giacometti Zaccaria*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, Nachdruck 1976
- Frey Urs Peter*, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten, Diss. Zürich 1965
- Friesenhahn Ernst*, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des fünfzigsten deutschen Juristentages, Hamburg 1974, Band II (Sitzungsprotokolle), München 1974, G 1 ff.

- Giacometti Zaccaria*, Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR NF 74 I (1955) 149 ff., *zitiert*: Kodifikation
- Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte, Festrede anlässlich der 121. Stiftungsfeier der Universität Zürich, 29. April 1954, in: Jahresbericht der Universität Zürich 1953/54, 3 ff., *zitiert*: Demokratie
 - Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941, Neudruck 1980, *zitiert*: Staatsrecht der Kantone
- Goerlich Helmut*, Wertordnung und Grundgesetz, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Band 1, Baden-Baden 1973
- Grabitz Eberhard*, Freiheit und Verfassungsrecht (Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte), Tübingen 1976
- Graf Hans Lothar*, Die Grenzen der Freiheitsrechte ohne besondere Vorbehaltsschranke, Diss. München 1970
- Grisel André*, Juridiction constitutionnelle de demain, ZBl. 72 (1971) 209 ff., *zitiert*: Juridiction
- La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire, in: Revue internationale de droit comparé, 1975, Band 2, 549 ff., *zitiert*: La liberté personnelle
- Grisel Etienne*, La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 9 ff., *zitiert*: Définition
- Les droits sociaux, ZSR NF 92 II (1973) 1 ff., *zitiert*: Les droits sociaux
- Grossmann Karl-Heinz*, Inhalt und Grenzen des Rechts auf freie Meinungsäusserung im Spiegel der Entscheidungen des Supreme Court of the United States, JöR NF 10 (1961) 181 ff.
- Gygi Fritz*, Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 61 ff., *zitiert*: Grundrechtskonkurrenz
- Wirtschaftsfreiheit und Wirtschaftsordnung im Verfassungsentwurf, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 1. Aufl. 1978, 99 ff., *zitiert*: Wirtschaftsfreiheit
 - Bundesverwaltungsrechtspflege, Grundriss und Textausgabe mit Anmerkungen, Bern 1979 (3. Aufl. von: Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund), *zitiert*: Bundesverwaltungsrechtspflege
- Häberle Peter*, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, 2. Aufl., Karlsruhe 1972, *zitiert*: Wesensgehaltgarantie
- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 43 ff., *zitiert*: Leistungsstaat
- Häfelin Ulrich*, Die Fortbildung des schweizerischen Bundesstaatsrechts in den Jahren 1954–1971, JöR NF 22 (1973) 1 ff., *zitiert*: Fortbildung
- Verfassungsgebung, ZSR NF 93 I (1974) 75 ff., *zitiert*: Verfassungsgebung
- Haller Walter*, Die akademische Lehrfreiheit als verfassungsmässiges Recht, ZSR NF 95 I (1976) 113 ff.
- Hangartner Yvo*, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl. 70 (1969) 337 ff.
- Häring Cyrill*, Grundrechte im Bereich der Bildung, Diss. Basel (Maschinenschrift) 1976
- Hesse Ernst*, Die Bindung des Gesetzgebers an das Grundrecht des Art. 2 I GG bei der Verwirklichung einer "verfassungsmässigen Ordnung". Eine Untersuchung über die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 2 I GG, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 75, Berlin 1968
- Hesse Konrad*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1980
- Hirschi Friedrich*, Das Anfechtungsobjekt der staatsrechtlichen Beschwerde, Diss. Zürich 1971
- Hotz Werner Friedrich*, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbe-freiheit, Diss. Zürich 1977
- Huber Hans*, Die Grundrechte in der Schweiz, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann/Neumann/Nipperdey, Band 1/1, Berlin 1966, 175 ff., *zitiert*: Die Grundrechte
- Die Garantie der individuellen Verfassungsrechte, ZSR NF 55 (1936) 1a ff., *zitiert*: Garantie
 - Grundrechte und Polizeigewalt, ZBl. 53 (1952) 233 ff., *zitiert*: Polizeigewalt
 - Das Zusammentreffen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Grundrechten der Verfassungen, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters, hrsg. von H. Conrad, H. Jahrreis u.a., Berlin, Heidelberg, New York 1967, 375 ff., *zitiert*: Zusammentreffen

- Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, in: Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 139 ff., *zitiert*: Bedeutung der Grundrechte
- Die persönliche Freiheit. Eine Kritik der neuen Auffassung des Bundesgerichts, SJZ 69 (1973) 113 ff., *zitiert*: Die persönliche Freiheit
- Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, in: Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 166 ff., *zitiert*: Gewerbefreiheit
- Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 329 ff., *zitiert*: Probleme
- Schutz der Werbung durch die Gewerbefreiheit oder durch die Pressefreiheit?, SJZ 73 (1977) 297 ff., *zitiert*: Schutz der Werbung
- Soziale Verfassungsrechte?, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, 149 ff., *zitiert*: Soziale Verfassungsrechte
- Über die Konkretisierung der Grundrechte, in: Der Staat als Aufgabe, Gedenkschrift für Max Imboden, Basel/Stuttgart 1972, 191 ff., *zitiert*: Konkretisierung
- Der Formenreichtum der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 107 (1971) 172 ff., *zitiert*: Formenreichtum
- Die Wirtschaftsfreiheit, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, 1979, 225 ff., *zitiert*: Die Wirtschaftsfreiheit
- Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts als Verfassungsgerichtshof von 1961 bis 1968, JÖR NF 18 (1969) 51 ff., *zitiert*: Rechtsprechung
- Der Schutz der Grundrechte unter der Generalklausel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Hans Huber, Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, 310 ff., *zitiert*: Schutz der Grundrechte

Hug-Beeli Gustav Karl, Persönliche Freiheit und besondere Gewaltverhältnisse, Diss. Zürich 1976
Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. Aufl. Basel/Stuttgart 1976

Kaufmann Otto K., Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Schweiz, EuGRZ 5 (1978) 475 ff., *zitiert*: Bestand

- Verfassungsgerichtsbarkeit 1875–1974–19.., ZSR NF 93 I (1974) 339 ff., *zitiert*: Verfassungsgerichtsbarkeit

Knies Wolfgang, Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem, München 1967
Kottusch Peter, Zum Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Zürich 1973

Kunert Wolfgang, Pressekonzentration und Verfassungsrecht, Berlin 1971

Lang Bruno, Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1970

Leibholz Gerhard/Rinck Hans-Joachim, Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 6. Aufl. Köln ab 1979

Lepa Manfred, Grundrechtskonflikte, DVBl. 87 (1972) 161 ff.

Leuenberger Christoph, Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1976/ASR Heft 441, Bern 1976

Ludwig Carl, Schweizerisches Presserecht, Basel/Stuttgart 1964

Mangoldt von, Hermann/Klein Friedrich, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. Berlin/Frankfurt a.M. 1966, Band I

Martens Wolfgang, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972) 7 ff.

Marti Hans, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4. Aufl. Basel/Stuttgart 1979, *zitiert*: Staatsrechtliche Beschwerde

- Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, *zitiert*: Wirtschaftsfreiheit

Mastronardi Philippe, Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz. Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 349, Berlin 1978

Mauz Theodor/Dürig Günter/Herzog Roman/Scholz Rupert, Grundgesetz, Kommentar Band I, 5. Aufl. München, Stand August 1979

- Meier-Hayoz Arthur*, Auf dem Weg zur staatlich verwalteten Güterordnung, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, Zürich 1979, 142 ff.
- Morand Charles-Albert*, Les droits fondamentaux en Suisse, Etude critique dans la perspective de la revision totale de la Constitution fédérale, in: Recueil des travaux suisses présentés au IXe Congrès international de droit comparé, Basel 1976, 197 ff., *zitiert*: Les droits fondamentaux
- Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression, in: Douzième journée juridique, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, no 39, Genève 1973, 23 ff., *zitiert*: Tendances
- Müller Friedrich*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 102, Berlin 1969, *zitiert*: Freiheit der Kunst
- Normbereiche von Einzelgrundrechten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 82, Berlin 1968, *zitiert*: Normbereiche
 - Die Positivität der Grundrechte, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 100, Berlin 1969 *zitiert*: Positivität
 - Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation, Schriften zur Rechtstheorie, Band 8, Berlin 1966, *zitiert*: Normstruktur
 - Die Einheit der Verfassung. Elemente einer Verfassungstheorie (III), Schriften zur Rechtstheorie, Band 76, Berlin 1979, *zitiert*: Einheit
 - Juristische Methodik, Berlin 1971, *zitiert*: Methodik
- Müller Jörg Paul*, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964/ASR Heft 360, Bern 1964, *zitiert*: Persönlichkeitsschutz
- Soziale Grundrechte in der Verfassung?, ZSR NF 92 II (1973) 687 ff., *zitiert*: Soziale Grundrechte
 - Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR NF 90 I (1971) 457 ff., *zitiert*: Recht auf Leben
 - Bemerkungen zur Schweizerischen Rechtsprechung des Jahres 1971, Persönliche Freiheit – Liberté personnelle, ZSR NF 91 I (1972) 209 ff., *zitiert*: Bemerkungen
 - Grundrechte in einer revidierten Bundesverfassung, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 1. Aufl. 1978, 77 ff., *zitiert*: Grundrechte
 - Grundrechte und staatsleitende Grundsätze im Spannungsfeld heutiger Grundrechtstheorie, ZSR NF 97 I (1978) 265 ff., *zitiert*: Staatsleitende Grundsätze
- Müller Georg*, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl. 79 (1978) 233 ff.
- Müller Werner*, Wirkungsbereich und Schranken der Versammlungsfreiheit, insbesondere im Verhältnis zur Meinungsfreiheit, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 237, Berlin 1974
- Nef Hans*, Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, Bern 1961, 190 ff.
- Neupert Dieter*, Die Filmfreiheit und ihre verfassungsmässigen Schranken, Diss. Zürich 1976
- Nietlispach Fritz*, Grundlagen des Freiheitsrechts, Diss. Zürich 1977/Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 511, Zürich 1977
- Nipperdey Hans Carl*, Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in: Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann/Neumann/Nipperdey, Band IV/2, 2. Aufl. 1972, 741 ff.
- Ossenbühl Fritz*, Versammlungsfreiheit und Spontandemonstration, Der Staat 10 (1971) 53 ff., *zitiert*: Spontandemonstration
- Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, 2100 ff., *zitiert*: Die Interpretation
- Pestalozza von, Christian*, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland, Der Staat 2 (1963) 425 ff.
- Peters Hans*, Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, in: Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 109, Köln/Opladen 1963, *zitiert*: Freie Entfaltung
- Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, Berlin 1969, *zitiert*: Geschichtliche Entwicklung

- Ramm Thilo*, Der Wandel der Grundrechte und der freiheitliche soziale Rechtsstaat, JZ 1972 137 ff.
- Rehbinder Manfred*, Pressefreiheit für Reklame?, SJZ 73 (1977) 53 ff.
- Rhinow René A.*, Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl. 70 (1969) 225 ff., *zitiert*: Grundrechtskatalog
- Die bundesgerichtliche Praxis zur Demonstrationsfreiheit, ZBl. 72 (1971) 33 ff., 57 ff., *zitiert*: Demonstrationsfreiheit
- Rinck Hans-Joachim*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gleichheitssatz in der Bundesrepublik, der Schweiz, Österreich, Italien, den USA und Indien, JöR NF 10 (1961) 269 ff.
- Rohr Rudolf*, Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit als Grundrechte minderen Ranges, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, 1979, 177 ff.
- Rüfner Wolfgang*, Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, Der Staat 7 (1968) 41 ff., *zitiert*: Überschneidungen
- Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, Band 2, 453 ff., *zitiert*: Grundrechtskonflikte
- Rupp Hans Heinrich*, Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101 (1976) 161 ff.
- Saladin Peter*, Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, ZSR NF 87 I (1968) 531 ff., *zitiert*: Funktion
- Grundrechte im Wandel, 2. Aufl., Bern 1975, *zitiert*: Grundrechte im Wandel
 - Das Verfassungsprinzip der Fairness. Die aus dem Gleichheitsprinzip abgeleiteten Verfassungsgrundsätze, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, Basel 1975, 41 ff., *zitiert*: Fairness
 - Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel/Stuttgart 1979, *zitiert*: Verwaltungsverfahren
- Saladin Peter V.*, Das Recht auf Werbung und seine öffentlichrechtlichen Schranken, Diss. St. Gallen, Bern 1969
- Schaumann Wilfried*, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 25 (1970) 48 ff., *zitiert*: Auftrag
- Soll eine neue Verfassung einen Grundrechtskatalog enthalten?, ZBl. 71 (1970) 33 ff., *zitiert*: Grundrechtskatalog
- Scheuner Ulrich*, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) 1 ff., *zitiert*: Pressefreiheit
- Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DÖV 24 (1971) 505 ff., *zitiert*: Funktion
- Schlumpf Leon*, Staat, Gesellschaft, Einzelner im Spiegel der Grundrechte, in: Totalrevision der Bundesverfassung – Notwendigkeit oder Wunschtraum?, Schriften des SAD 15, 1. Aufl. 1978, 85 ff.
- Schneider Harald*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, Baden-Baden 1979
- Scholz Rupert*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 100 (1975) 80 ff., 265 ff.
- Schüle Adolf/Huber Hans*, Persönlichkeitsschutz und Pressefreiheit, Zwei Rechtsgutachten, Tübingen 1961 (Schüle: 1 ff.; Huber: 65 ff.)
- Schwabe Jürgen*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977, *zitiert*: Grundrechtsdogmatik
- Grundrechtskonkurrenzen, Juristische Arbeitsblätter 1979, 191 ff., *zitiert*: Grundrechtskonkurrenzen
- Schwacke Peter*, Grundrechtliche Spannungslagen, Die Öffentliche Verwaltung, Schriftenreihe, Stuttgart u.a. 1975
- Stalder Christoph*, Preferred freedoms – das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den anderen Grundrechten. Eine rechtsvergleichende Darstellung der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court und des schweizerischen Bundesgerichtes, Diss. Bern 1977/ ASR Heft 447, Bern 1977
- Steinberger Helmut*, Konzeption und Grenzen freiheitlicher Demokratie, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Band 60, Berlin/Heidelberg/New York 1974

- Steiner Paul*, Freiheit für wen?, in: Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, 1979, 213 ff.
- Thürer Daniel*, Die Grundrechte im Entwurf zu einer neuen schweizerischen Bundesverfassung, EuGRZ 1978 105 ff.
- Vallender Klaus A./David Eugen*, Leitsätze zum OG und zum VwG, Bern 1978
- Venanzoni Reto*, Grundrechtskonkurrenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, Diss. Bern (Maschinenschrift) 1975, *zitiert*: Grundrechtskonkurrenzen
- Konkurrenz von Grundrechten, ZSR NF 98 I (1979) 267 ff., *zitiert*: Konkurrenz
- Wehrhahn Herbert*, Systematische Vorfragen einer Auslegung des Art. 2 Abs. I des Grundgesetzes, AöR 82 (1957) 250 ff.
- Wertenbruch Wilhelm*, Der Grundrechtsbegriff und Art. 2 Abs. 1 GG, DVBl. 1958 481 ff.
- Wespi Kaspar*, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1968
- Wildhaber Luzius*, Eigentumsordnung im Kreuzfeuer, in: Der Entwurf für eine neue Bundesverfassung, Beiträge zur Diskussion, NZZ-Schriften zur Zeit, Band 42, Zürich 1979, 157 ff., *zitiert*: Eigentumsordnung
- Das Projekt einer Totalrevision der schweizerischen Bundesverfassung, JöR NF 26 (1977) 239 ff., *zitiert*: Projekt
- Willke Helmut*, Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 265, Berlin 1975
- Wintrich Josef*, Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München/Berlin 1958, 1 ff.
- Wittig Peter*, Bundesverfassungsgericht und Grundrechtssystematik, in: Festschrift für Gebhard Müller, Tübingen 1970, 575 ff.
- Zimmerli Ulrich*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR NF 97 II (1978) 1 ff.
- Zimmermann Paul*, Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1979
- Zippelius Reinhold*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München/Berlin 1962

Weitere Literaturhinweise finden sich in den Anmerkungen.

Einleitung

Das Bundesgericht musste sich in verschiedenen neueren Entscheiden, namentlich seitdem es die persönliche Freiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannt hatte, mit der Frage befassen, welche Beziehungen zwischen einzelnen Grundrechten bestehen. Im besonderen musste es entscheiden, ob von mehreren angerufenen Grundrechten mehr als ein einziges angewendet werden konnte und — falls ja — welche Konsequenzen sich aus der Anwendbarkeit verschiedener Grundrechte auf einen Sachverhalt ergaben. Die Lösung dieser Fragen leitete sich aus den — entsprechend den jeweils verschiedenartigen Fallkonstellationen — immer wieder neu zu prüfenden Beziehungen zwischen den einzelnen Grundrechten her.

In der Bundesrepublik Deutschland haben sich im gleichen Zeitraum ähnliche Probleme gestellt, wobei die kompakte Gestaltung des Grundrechtsteils im Bonner Grundgesetz mitverantwortlich sein mag, dass das deutsche Schrifttum sehr reichhaltig an Publikationen betreffend Grundrechtsbeziehungen, namentlich sogenannter Grundrechtskonkurrenzen und -kollisionen, ist. Es erscheint daher naheliegend, einige grundlegende Standpunkte aus der Fülle dieses Gedankengutes den Überlegungen des Bundesgerichtes und derjenigen Autoren, die sich auch in der Schweiz mit Grundrechtsbeziehungen beschäftigt haben, gegenüberzustellen, wobei freilich nur eine Auswahl deutscher Publikationen berücksichtigt worden ist. Diese Gegenüberstellung erfolgt speziell im Hinblick auf den Grundrechtsteil des Verfassungsentwurfes 1977, welcher mindestens in seiner äusseren Gestalt dem Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes verwandt erscheint.

Zunächst sollen kurz — gewissermassen als Hintergrund — einige grundlegende Aspekte des aktuellen Grundrechtsverständnisses angesprochen werden. Danach wird die Problematik der sogenannten Grundrechtskonflikte aus deutscher und aus schweizerischer Sicht beleuchtet. Anschliessend wird zu zeigen sein, welche Probleme sich bei solchen Konflikten ergeben, wenn allgemeiner formulierte und spezielle Grundrechtsgarantien zusammentreffen, worauf die Frage aufgeworfen wird, ob zwischen einzelnen Grundrechten wertmässige Unterschiede bestehen, welche bei solchen Konflikten beachtet werden müssen.

1. Kapitel

Begriff und Eigenart der Grundrechte aus heutiger Sicht

§ 1 Begriff und Eigenart der Grundrechte

I Begriff

In der schweizerischen Bundesverfassung findet sich – im Unterschied zu verschiedenen anderen Verfassungen¹ – nirgends der Begriff “Grundrecht”, dagegen ist in den Art. 5 und 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV von den “verfassungsmässigen Rechten der Bürger” die Rede². Dennoch hat sich in der Literatur und in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes beinahe selbstverständlich die Bezeichnung “Grundrechte” eingebürgert. Ob damit den kritischen Stimmen, welche den Begriff “verfassungsmässige Rechte” als zu sehr dem Positivismus verfangen ablehnten³, Rechnung getragen und ein formales Bekenntnis zu einer vor- oder überstaatlichen Grundlage dieser Rechte anerkannt werden wollte⁴, ist schwer zu beurteilen, aber eher unwahrscheinlich. Jedenfalls fehlt es – soweit ersichtlich – an entsprechenden Überlegungen sowohl im Schrifttum als auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁵.

Der Versuch, eine präzise und abschliessende Definition des Grundrechtsbegriffes vorzunehmen, stösst auf die Schwierigkeit, dass verschiedenartigste Rechte unter diesen Begriff subsumiert werden. Anerkannt ist die von HÄFELIN vorgenommene Umschreibung, wonach von Grundrechten dann und nur dann gesprochen werden

1 Kaufmann, Bestand 479; für die Bundesrepublik Deutschland vgl. Überschrift zu Abschnitt I des Bonner Grundgesetzes, ferner z.B. Art. 1 Abs. 3, Art. 18 und Art. 19 Abs. 1, 2 und 3 GG.

2 Huber, Die Grundrechte 187; Schlussbericht 67; Kaufmann, Bestand 475; Marti, Staatsrechtliche Beschwerde 33 ff.; Venanzoni, Konkurrenz 279.

3 Schlussbericht 67; auch Saladin, Grundrechte im Wandel 285 bemerkt, dass die extensive Auslegung des Begriffs der “verfassungsmässigen Rechte” eine “un-naturrechtliche” Grundrechtskonzeption der bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspiegelt.

4 Kaufmann, Bestand 479, der die Begriffe “verfassungsmässige Rechte” und “Grundrechte” einander gegenüberstellt, lässt diese Frage offen; vgl. auch Fleiner/Giacometti 240 ff., 242; Nietlisbach 87 ff.

Im Bereich des Bonner Grundgesetzes wird in Art. 1 Abs. 2 mit der Gewährleistung von “unverletzlichen und unveräusserlichen Menschenrechten” ein Bekenntnis zu einer über- und vorstaatlichen Rechtsordnung erblickt, Peters, Geschichtliche Entwicklung 251, von Mangoldt/Klein, Vorbem. B IV 3, S. 94 ff.; Häring 7; Saladin, Grundrechte im Wandel 282 ff. mit Hinweisen; Haller 117; a.A. Scheuner, Funktion 511.

5 Huber, Die Grundrechte 187.

soll, wenn die Verfassung unmittelbar Ansprüche der Bürger im Sinne von individualrechtlichen Ansprüchen gegenüber dem Staat begründet, welche ihm direkt aus der Verfassung zustehen und die er grundsätzlich in einem Rechtsschutzverfahren durchsetzen kann⁶.

Die Ansprüche, die in dieser Weise grundrechtlich geschützt sind, lassen sich auf verschiedene Arten gruppieren. In der Literatur findet sich namentlich etwa die Einteilung in die negativen Freiheitsrechte, die politischen Rechte, die sozialen Rechte und die Rechtsgleichheit⁷. Die folgenden Darlegungen beschränken sich im wesentlichen auf die Behandlung von Problemen aus dem Bereich der sogenannten negativen Freiheitsrechte, zum Teil mit Einbezug gewisser aus Art. 4 BV abgeleiteter Rechtsgrundsätze⁸. Der gleichwohl verwendete Begriff "Grundrechte" beschränkt sich also auf einen ausgewählten Kreis solcher Rechte, die man auch als "klassische Grundrechte" oder als Grundrechte im engeren Sinn bezeichnen könnte, ähnlich wie HUBER schon "echte Grundrechte, wie das Aufklärungszeitalter sie verstand", differenziert hat⁹.

6 Verfassungsgebung 91; vgl. auch E. Grisel, *Les droits sociaux* 116; J.P. Müller, *Soziale Grundrechte* 852; vgl. auch BGE 103 Ia 394 ff., 399, Erw. 2 a.

Ähnlich wird der Grundrechtsbegriff auch in Deutschland vom Bundesverfassungsgericht umschrieben: Die Grundrechte seien in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern und erschienen so als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Dem entspreche es, dass der Gesetzgeber den besonderen Rechtsbehelf zur Wahrung dieser Rechte, die Verfassungsbeschwerde, nur gegen Akte der öffentlichen Gewalt gewährt habe, BVerfGE 7, 198 (204). Auch Nipperdey 742 f. versteht unter dem Begriff des Grundrechts ein subjektives öffentliches Recht des einzelnen gegenüber dem Staat, an das Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung gebunden sind und das den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz (§ 40 VwGO) und den Rechtsschutz des Art. 19 Abs. 4 GG genießt und mit der Verfassungsbeschwerde (§ 90 BVerfGG) geltend gemacht werden kann.

7 Häfelin, Verfassungsgebung 91 mit Hinweisen; ähnlich Schlussbericht 68; ferner Bericht der Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung, Band III (Antworten) 447, N. 18.

8 Es soll hier nicht weiter geprüft werden, wieweit einzelne Prinzipien, welche aus Art. 4 BV abgeleitet werden, Grundrechtscharakter aufweisen. Von Interesse sind im Verlaufe dieser Darlegungen lediglich gewisse Einzelfälle, in welchen solche Prinzipien mit Grundrechten im Sinne der hier vorgenommenen Definition in Beziehung getreten sind. Vgl. zu dieser Problematik grundlegend Saladin, *Fairness* 70 ff.; ferner BGE 103 Ia 505 ff., 508 f., Erw. 1.

9 Huber, *Garantie* 102a. Vorgeschlagen wird auch eine Unterteilung entsprechend den geschützten Lebensgütern in Grundrechte, deren Schwergewicht im unmittelbaren Schutz der freien Entfaltung der geistigen und seelischen Fähigkeiten des Menschen liegt, Grundrechte, die das äussere, körperliche Dasein des Menschen betreffen, wirtschaftliche Grundrechte, soziale Grundrechte und die Rechtsgleichheit, wobei bei diesen Unterscheidungen Überschneidungen unvermeidlich sind; J.P. Müller, *Persönlichkeitsschutz* 74 ff.; Schlussbericht 68, 77 ff.; Schlumpf 88; Huber, *Die Grundrechte* 195.

II Eigenart der Grundrechte

A) *Punktueller Gewährleistung in der schweizerischen Bundesverfassung*

Die hier im engeren Sinn verstandenen Grundrechte werden zum Teil im Verfassungstext garantiert, wie die Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV), die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 BV), die Kultusfreiheit (Art. 50 BV), die Pressefreiheit (Art. 55 BV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 46 BV) und die Vereinsfreiheit (Art. 56 BV)¹⁰. Andere Grundrechte sind von der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als sogenannte ungeschriebene Verfassungsrechte anerkannt worden, so die Meinungsäusserungsfreiheit¹¹, die Versammlungsfreiheit¹², die persönliche Freiheit¹³ und die Sprachenfreiheit¹⁴.

Die unsystematische, fast zufällig anmutende Gewährleistung dieser Grundrechte beruht darauf, dass diese Rechte historisch gesehen punktuelle Garantien zum Schutze von jeweils als besonders gefährdet erachteten Lebensbereichen darstellen¹⁵. Jedes Grundrecht verfügt also über einen spezifischen, historisch differenzierten Hintergrund¹⁶. Besonders deutlich zeigt sich das auch in der jüngsten Vergangenheit in bezug auf die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte, welche immer dann erfolgt ist, wenn die Beeinträchtigung eines Lebensbereiches als Verletzung einer elementaren Grundfreiheit empfunden worden ist¹⁷.

Im Unterschied zur schweizerischen Bundesverfassung enthält das Bonner Grundgesetz zwar einen kompakten Grundrechtskatalog. Ähnlich wie in der Schweiz ist in der deutschen Lehre aber anerkannt, dass die einzelnen Grundrechte punktuelle Gewährleistungen bestimmter gefährdeter Lebensbereiche darstellen¹⁸. Umstritten ist

10 Haller 113 f.

11 BGE 87 I 117; 288; 97 I 896; 98 Ia 80; 99 Ia 693; 100 Ia 399; 101 Ia 150.

12 BGE 91 I 321; 96 I 224; 97 I 914; 99 Ia 693; 100 Ia 399.

13 BGE 89 I 92 ff.; 90 I 29 ff.; 95 I 240; 97 I 49; 841; 98 Ia 423; 522; 100 Ia 193; 458; 101 Ia 52 u.a.

14 BGE 91 I 485; 92 I 480; 96 I 592; 100 Ia 465.

15 Huber, Konkretisierung 200 f.; derselbe, Formenreichtum 193; derselbe, Rechtsprechung 51 ff.; Hangartner 337; Häfelin, Verfassungsgebung 93; Aubert, Les droits fondamentaux 2; Hotz 35 ff.; Schlussbericht 65 f.; Rhinow, Grundrechtskatalog 230; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 76 f.

Ausserdem war von entscheidender Bedeutung, dass die einzelnen Kantonsverfassungen zum Teil andere, zum Teil weitergehende Grundrechtsverbürgungen enthielten. Für den Bürger spielte es wegen des gleichen Rechtsschutzes durch die staatsrechtliche Beschwerde keine Rolle, ob ein Grundrecht durch die Kantonsverfassung oder die Bundesverfassung garantiert war. Dies erklärt, weshalb einige wichtige Grundrechte, wie die Eigentumsgarantie oder die persönliche Freiheit nicht in die Bundesverfassung aufgenommen wurden. Vgl. Fleiner/Giacometti 241; Giacometti, Staatsrecht der Kantone 155 ff.; Huber, Garantie 110a f.; Venanzoni, Konkurrenz 278.

16 Scheuner, Pressefreiheit 44; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 76 f.; Bosshart 63.

17 Bosshart 53 bemerkt in diesem Sinne, die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte erscheine als Ausdruck eines punktuellen, nicht universellen Grundrechtsverständnisses; vgl. auch A. Grisel, Juridiction 217.

18 Scheuner, Pressefreiheit 42 ff.; derselbe Funktion 507 bei Anm. 13; K. Hesse 128.

dagegen einerseits die Frage, ob der Grundrechtskatalog eine lückenlose Freiheitsgewährleistung enthalte, indem Art. 2 Abs. 1 GG gegebenenfalls als Auffanggrundrecht zur Abwehr aller praktisch denkbaren Gefährdungen der Freiheit heranzuziehen sei¹⁹, und andererseits, ob die Grundrechte im Bonner Grundgesetz in einem eigentlichen System erfasst sind, das heisst, ob bei der Ausgestaltung des Grundrechtskataloges im Verfassungstext auch gewisse inhaltliche Beziehungen, "ein Minimum an logischen und hermeneutischen Regeln, denen das Gesamte unterliegen soll", berücksichtigt worden sind²⁰.

Dabei verneint der gewichtigere Teil der deutschen Lehre die Lückenlosigkeit des Grundrechtskataloges, namentlich etwa mit dem Hinweis auf die historisch betrachtet punktuelle Entwicklung der einzelnen Rechte, ebenso wie er die Annahme eines geschlossenen Systems ablehnt, ohne dass deswegen das Bestehen gewisser systematischer Beziehungen unter einzelnen Grundrechten in Abrede gestellt wird²¹.

Die angeführten Fragenkreise bildeten auch in der Schweiz schon Gegenstand von Erörterungen. Während das Bundesgericht bis anhin der von GIACOMETTI vertretenen These von der Lückenlosigkeit der Freiheitsverbürgungen im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechtes, unterstützt von zahlreichen namhaften Autoren, nicht zu folgen gewillt war²², stellte sich das Problem des geschlossenen, allenfalls systematisch geordneten Grundrechtskataloges in jüngster Zeit vor allem im Zusammenhang mit dem Entwurf für eine Totalrevision der Bundesverfassung.

B Die Konkretisierungsbedürftigkeit der Grundrechte

Bei den meisten Grundrechten wird der Normbereich der verfassungsrechtlichen Gewährleistung lediglich mit einem Stichwort wie "Presse", "Glauben", "Gewissen" oder "Verein" angedeutet²³. Damit ist diesen Garantien eine spezifische "geringe Technizität" eigen²⁴, welche eine herkömmliche juristische Auslegung erschwert

19 Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 8 b aa zu Art. 2 Abs. 1 GG; Willke 29 f. mit Anm. 41; K. Hesse 129, 173 ff.

20 Willke 33, 102 f.

21 K. Hesse, 128 f., 152; Scheuner, Pressefreiheit 42 ff.; derselbe, Funktion 508 f.; Ramm 139; Willke 30 f. mit Hinweis in Anm. 49; Rübner, Überschneidungen 44; Wittig 576, 585 f.; Knies 80 f. mit Anm. 130.

22 Giacometti, Kodifikation 149 ff.; derselbe, Demokratie 3 ff.; Saladin, Funktion 534 f., Anm. 6; derselbe, Grundrechte im Wandel 289; Bosshart 63; Aubert, Les droits fondamentaux 2 f.; Haller 119 f. mit Hinweis in Anm. 26; Hangartner 338 ff.; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 137 f.; Rhinow, Grundrechtskatalog 233 f.

Im übrigen beweisen das auch die Entscheidungen des Bundesgerichtes, in welchen verschiedene Tätigkeiten als nicht grundrechtlich schützenswert befunden worden sind, vgl. hinten 80 ff.

23 Ähnliches gilt bei den ungeschriebenen Grundrechten für die Begriffe "Versammlung", "Meinungsäusserung" und für den Begriff "persönliche Freiheit" schlechthin, vgl. Huber, Konkretisierung 195.

24 Huber, Konkretisierung 195, Ossenbühl, Die Interpretation 2105.

und an ihrer Stelle eine "Konkretisierung" durch den Verfassungsrichter erfordert²⁵. Dabei wird der Begriff "Konkretisierung" definiert als "Verfassungsentfaltung, Ausschöpfung und Anreicherung, Rechtsfortbildung durch Erfüllung ganzer Normprogramme im Laufe der Zeit und im Wandel der Gesellschaft"²⁶. Als Anhaltspunkte für diese Konkretisierung der Grundrechte nennt HUBER die "Sachstruktur der Wirklichkeit, des Normbereichs", das verfassungsrichterliche Vorverständnis bzw. die entsprechende Sinnerwartung und eine "rationale Entfaltung, einleuchtende überzeugende Begründung"²⁷.

In Anwendung derartiger Konkretisierungsgrundsätze garantierte unlängst das Bundesgericht beispielsweise unter dem Aspekt der Meinungsäusserungsfreiheit auch die Informationsfreiheit, verstanden als das Recht, Nachrichten und Meinungen ohne Eingriffe der Behörden zu empfangen und sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Das Bundesgericht stützte diese Erweiterung des Normbereiches der Meinungsäusserungsfreiheit zunächst auf den von den Beschwerdeführern der staatsrechtlichen Beschwerde angerufenen Art. 10 Ziff. 1 der EMRK ab, welcher ausdrücklich "die Freiheit der Meinung und die Freiheit zum Empfang und zur Mitteilung von Nachrichten oder Ideen ohne Eingriffe öffentlicher Behörden ..." garantiert²⁸. Ferner bemerkte das Bundesgericht, der rechtliche Schutz einer ins Leere geäusserten Meinung wäre sinnlos; die Möglichkeit, Meinungen zu äussern, setze auch die Fähigkeit eines Publikums voraus, die Ansicht eines andern zur Kenntnis zu nehmen²⁹.

25 Huber, Konkretisierung 191 ff.; ähnlich für Deutschland Friesenhahn G 10 mit Hinweis auf K. Larenz, Methoden der Rechtswissenschaft, Berlin 1960, 147; F. Müller, Normstruktur 201 ff., welcher gleichzeitig davor warnt, Grundrechte als Generalklauseln zu verstehen, da sie diesen gegenüber in höherem normativen Dichtegrad einen sachlich besonders stark ausgeprägten Normbereich enthielten; vgl. auch grundlegend K. Hesse 19.

26 Huber, Konkretisierung 192, derselbe, Bedeutung der Grundrechte 160 f.; derselbe, Zusammentreffen 384 f.; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 78 f.; Haller 118 f.

27 Huber, Formenreichtum 192 f.

28 Auch in anderen Fällen stützte sich das Bundesgericht auf Garantien der von den Beschwerdeführern angerufenen EMRK: BGE 102 Ia 283, Erw. 2b, 102 Ia 381, Erw. 2.; ferner Hinweise bei Aubert, Les droits fondamentaux 3, Anm. 5. K. Hesse 19 betont, für die Konkretisierung von Verfassungsnormen seien die Verhältnisse der "Wirklichkeit", welche die fraglichen Normen zu ordnen bestimmt sei, heranzuziehen. Die entsprechenden Besonderheiten dieser Verhältnisse bildeten dann "den 'Normbereich', der aus der Gesamtheit der von einer Vorschrift betroffenen Gegebenheiten der sozialen Welt durch die vor allem im Wortlaut der Norm ausgedrückte Anordnung, das 'Normprogramm', ... herausgehoben" werde.

29 BGE 104 Ia 88 ff.; gleichzeitig verneinte das Bundesgericht aber eine unter der Informationsfreiheit zu schützende Pflicht der Behörden, über ihre Tätigkeit zu informieren, also einen (positiven) Anspruch des Bürgers auf Leistungen des Staates in diesem Bereich. J.P. Müller, ZBJV 116 (1980) 239, 246; Weitere Beispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis bei J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 78 f.; ferner Aubert, Les droits fondamentaux 6, bei Anm. 27.

§ 2 Das aktuelle Grundrechtsverständnis

Die Konkretisierung der Grundrechte bedeutet also nichts anderes als stetige, aktualisierende Verwirklichung der im Verfassungstext verankerten Normen³⁰, welche dem Wandel der Zeit und deren Vorstellungen unterliegt. Das hat zur Folge, dass der Normbereich der Grundrechte, das heisst die mit den Grundrechtsgarantien verbrieften Rechte und Ansprüche, geschichtlichen Veränderungen unterworfen ist, obwohl der Wortlaut der Grundrechtsnormen identisch bleibt³¹. Letztlich erzeugt die Konkretisierung von Grundrechten damit ein sich im Laufe der Zeit weiterentwickelndes und sich allmählich wandelndes Grundrechtsverständnis. Das Mass solchen Wandels ergibt sich aus der "methodologischen Elementarfrage", wieweit das Verfassungsrecht generell und die Grundrechte speziell vom Wandel der realen Wirklichkeit erfasst und entsprechend beeinflusst bzw. angepasst werden³². Im folgenden soll kurz aufgezeigt werden, in welchen Bereichen sich aus einem zeitgemässen Grundrechtsverständnis neue Forderungen und Probleme herausgebildet haben.

I Tendenzen eines gewandelten Grundrechtsverständnisses in der Bundesrepublik Deutschland

BÖCKENFÖRDE hat in einem vielbeachteten Aufsatz³³ versucht, die einzelnen Tendenzen, welche die Grundrechtskonkretisierung in der Rechtsprechung geprägt haben, systematisch zu analysieren. Dabei ist er zum Ergebnis gelangt, die "konkretisierende Interpretation" der Grundrechte werde – bewusst oder unbewusst – von einer bestimmten Grundrechtstheorie geleitet, welche eine "systematisch orientierte Auffassung über den allgemeinen Charakter, die normative Zielrichtung und die inhaltliche Reichweite der Grundrechte" bilde³⁴. Bezugspunkt sei eine bestimmte Staatsauffassung bzw. eine Verfassungstheorie. Anknüpfungspunkte für Grundrechtstheorien fänden sich in Problemlösungsversuchen für bestimmte Ordnungsaufgaben, welche von gewandelten politisch-sozialen Gegebenheiten neu oder in veränderter Akzentuierung an die Verfassung herangetragen würden. In der Folge beschreibt BÖCKENFÖRDE eine liberale, eine institutionelle, eine demokratisch-funktionale und eine sozialstaatliche Grundrechtstheorie, sowie eine Werttheorie. Dem Bundesverfassungsgericht wirft er dabei vor, abwechselungsweise verschiedene Grundrechtstheorien für die Rechtsprechung heranzuziehen, ohne dass in diesem Wechsel ein System erkennbar sei³⁵, ehe er im Rahmen des Bonner Grundgesetzes der liberal-

30 K. Hesse 18 f.

31 Und damit im wesentlichen auch das "Normprogramm"; K. Hesse 19.

32 Rupp 161.

33 Grundrechtstheorie 1529 ff.

34 A.a.O. 1529.

35 A.a.O. 1536.

rechtsstaatlichen Grundrechtstheorie in sozialer Einbindung – womit sie deutlich modifiziert werde – den Vorzug einräumt³⁶.

Auch andere deutsche Autoren haben sich mit der Frage befasst, welche Gegebenheiten die aktuelle Grundrechtskonkretisierung bestimmen. Einigkeit besteht in den meisten der entsprechenden Stellungnahmen darüber, dass das "bürgerlich-liberale" Grundrechtsverständnis, welches defensiv gegen den Staat orientiert ist, heute für die Gewährleistung grundrechtlicher Freiheit nicht mehr genügt³⁷, weil der Staat nur noch zum Teil als "Gegner" der Grundrechtsausübung in Erscheinung tritt³⁸. Vielmehr habe sich die Rechtsprechung daran zu orientieren, dass der Mensch heute immer mehr in einem sich ständig verdichtenden Netz wirtschaftlicher, sozialer, eventuell auch politischer Abhängigkeiten stehe und seine ihm verfassungsrechtlich zugesicherten Freiheitsbereiche daher von "Zwischenmächten" mehr gefährdet seien als von Seiten des Staates³⁹.

Dies führt zunächst einmal dazu, dass der objektivrechtlichen Bedeutungsschicht der Grundrechte ein erhöhter Stellenwert zukommt. In dieser Funktion wirken die Grundrechte nebst ihrer traditionellen subjektiv-defensiven Ausrichtung auch als Elemente der Gesamtrechtsordnung des Gemeinwesens, quasi als "verfassungsrechtliche Leitprinzipien" und damit auch als negative Kompetenzbestimmungen für staatliche Gewalten⁴⁰. Das bedeutet für den Bürger, dass seine Freiheit nicht mehr "nur aus punktuell-individualistischer Sicht gesehen werden darf, sondern im Kontext mit den Freiheiten anderer steht, an diesen profitiert und durch sie sozial gebunden ist"⁴¹. Für den Gesetzgeber stellt sich die Aufgabe, ein "operationales Konzept 'praktischer Konkordanz' zu finden, in dem alle diese interdependenten Freiheiten sich in ihrem wechselseitigen Bedingungszusammenhang entfalten können, ohne sich gegenseitig aufzufressen"⁴².

Auf der anderen Seite erkennt die Lehre ein "organisationsnormierendes, freiheitssicherndes" Grundrechtsverständnis, das die beschriebenen Verflechtungen und Abhängigkeiten des Menschen mitzuberücksichtigen sucht. Diesem "hochkomplexen, extrem arbeitsteiligen Sozialgeflecht gegenseitiger Angewiesenheit und Bindung"⁴³ entspricht es, dass die Grundrechtsausübung des einzelnen auch

36 A.a.O. 1538.

37 Rupp 165.

38 Häberle, Leistungsstaat 68.

39 Rupp 164; Häberle, Leistungsstaat 68; Scheuner, Funktion 511; K. Hesse 146 ff.

40 K. Hesse 124 f.; Rupp 166; Scheuner, Funktion 507 bei Anm. 12; derselbe, Pressefreiheit 39 f.; F. Müller, Positivität 41; Bleckmann 202 ff.; grundlegend auch Häberle, Wesensgehaltgarantie 70 ff.

41 Rupp 171; Häberle, Wesensgehaltgarantie 8 ff.

42 Rupp 171 mit Hinw. auf K. Hesse 134 (8. Aufl.). Im Gefolge dieser Erkenntnis hat sich in der Bundesrepublik Deutschland auch die Diskussion um die sogenannte "Drittwirkung" der Grundrechte entfacht, vgl. dazu K. Hesse 146 ff.; Häberle, Leistungsstaat 72; Rupp 168 ff.; Friesenhahn G 18 f.; Scheuner, Funktion 507; Bethge 15 ff.; Schaumann, Auftrag 49; Häberle, Wesensgehaltgarantie 12 ff.

43 Rupp Hans Heinrich, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", Tübingen 1974, 15 f.; Bethge 326 f.

mittelbare Auswirkungen auf andere Menschen oder Menschengruppen haben kann. Man bezeichnet dies als "soziale Interdependenz subjektiver Freiheiten"⁴⁴. Das ihr entsprechende Grundrechtsverständnis begreift die Grundrechte in ihren gegenseitigen Beziehungen, in einem "grundrechtlich geprägten sozialen Ordnungsgefüge"⁴⁵. Aus dieser Sicht gewinnt immerhin auch die kompakte Erfassung der Grundrechte in einem systematisch gegliederten Katalog, wie sie im Bonner Grundgesetz vorgenommen worden ist, eine neue Bedeutung, nämlich in der Weise, dass Rückschlüsse auf dieses der Verfassung zugrunde liegende Ordnungsgefüge möglicherweise erleichtert werden.

Schliesslich zeichnet das erwähnte Grundrechtsverständnis eine weitere, gegenwärtig sehr aktuelle Problematik vor: die des Anspruchs eines Bürgers auf eine positive Leistung des Staates aus einer Grundrechtsgarantie, sei es in der Form der sogenannten "Teilhaberechte"⁴⁶, sei es in der Form der "sozialen Grundrechte"⁴⁷. Aufgrund der dargelegten Entwicklung erwächst dem Staat nämlich mehr und mehr die Aufgabe, die sozialen Voraussetzungen zu schaffen, unter denen die aus der grundrechtlich gesicherten Freiheit fliessenden Rechte überhaupt noch realisiert werden können⁴⁸. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik würde den Rahmen dieser Bearbeitung allerdings sprengen, so dass es mit diesem Hinweis sein Bewenden haben muss.

II Aspekte eines gewandelten Grundrechtsverständnisses im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechts

Auch in der Schweiz haben sich in den letzten Jahrzehnten starke gesellschaftliche, soziale und politische Veränderungen vollzogen. Im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland haben solche Wandlungen aber nie im Rahmen einer grundlegenden

44 Bethge 326. Wittig 590 stellt fest, dass die Freiheitsverbürgungen innerlich zusammenhängen, weshalb ihre Wirkungsweise nicht immer scharf abgegrenzt werden könne. "Eingriffe können vor allem auch aus diesem Grund über die Schutzzone eines einzelnen besonderen Freiheitsrechtes hinaus auch die Schutzzonen anderer Freiheitsrechte erfassen. In einem solchen Fall wird man den Eingriff am Freiheitsgehalt aller angesprochenen Freiheitsverbürgungen messen müssen."

45 Rupp a.a.O. (Anm. 14) 15 f. Wörtlich bemerkt Rupp für den Bereich des freiheitlichen Wirtschaftssystems: "Denn gerade hier bestehen grundrechtliche Verflechtungen in besonderem Masse, weil in dem intensiven Interaktionen- und Informationsgeflecht einer extrem arbeitsteiligen Wirtschaft jede Freiheit in gegenseitigem Bedingungs Zusammenhang mit anderen Freiheiten steht und deshalb beispielsweise die Gestaltung der Eigentumsordnung nicht nur Art. 14 GG, sondern wegen der Rückwirkung der Eigentumsordnung auf das Funktionsschema anderer Freiheiten das gesamte Ordnungssystem schlechthin berührt."

46 K. Hesse 123 f.; Häberle, Leistungsstaat 82 ff.; Martens 21 ff.; Friesenhahn G 29 ff.; Rupp 183 ff.

47 Häberle, Leistungsstaat 90 ff.; Friesenhahn G 14 ff.; K. Hesse 84 ff.; Rupp 176 ff. mit Hinweisen.

48 Schaumann, Auftrag 49; Martens 28; Scheuner, Funktion 510.

Neukonzeption der Verfassung, insbesondere in einer Neugestaltung der verfassungsmässigen Gewährleistung von Grundrechten, berücksichtigt werden können. Vielmehr hat sich der Rechtsprechung immer wieder die Aufgabe gestellt, solche veränderten Gesichtspunkte auf der Basis der noch im letzten Jahrhundert kodifizierten Grundrechtsgarantien in die konkreten Entscheidungen einfließen zu lassen. Nicht zuletzt wegen der in der Schweiz seit 1874 fehlenden Notwendigkeit einer generellen Neugestaltung der Bundesverfassung hat sich wohl auch das Schrifttum viel häufiger lediglich mit Teilaspekten der Grundrechtsentwicklung befasst. Erst in neuerer Zeit – vor allem aber im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zu einer Totalrevision der Bundesverfassung, welche mit der Veröffentlichung des Verfassungsentwurfes 1977 die vorläufig konkreteste Gestalt angenommen haben – ist die Diskussion über die Anforderungen eines zeitgemässen verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes in grundlegendere Bahnen gelenkt worden⁴⁹. Im Ergebnis lässt sich all den neueren – grundlegenden und spezifischen – Publikationen zu aktuellen Problemen im Bereich der Grundrechte entnehmen, dass sich – ungeachtet der sehr unterschiedlichen verfassungsmässigen Verankerung – die Diskussion auf sehr ähnliche Aspekte konzentriert hat, wie dies in der gleichen Zeit in Deutschland der Fall gewesen ist, wenn dies in der Schweiz auch nicht gerade zur Beschreibung ganzer Grundrechtstheorien hingeführt hat.

A Die Rückbesinnung auf eine "objektivrechtliche" Bedeutung der Grundrechte

In der Schweiz sind die Grundrechte während langer Zeit ausschliesslich als reine Abwehrrechte gegen den Staat aufgefasst worden, was sich aus der bereits geschilderten historischen Entwicklung erklären lässt, in deren Verlauf grundrechtlicher Schutz in den Bereichen gewährleistet wurde, in denen menschliche Freiheit durch den Staat besonders gefährdet erschien⁵⁰. In letzter Zeit anerkannte ein grosser Teil der Lehre, dass diese menschliche Freiheit in zunehmendem Masse von ausserstaatlichen Mächten, von "sozialen Gewalten"⁵¹ bedroht werde, namentlich auch deswegen, weil der Staat selbst eine wachsende Bereitschaft erkennen lasse, gewisse

49 Hervorgehoben seien besonders Saladin, Grundrechte im Wandel; derselbe, Funktion; Huber, Die Grundrechte; Morand, Les droits fondamentaux; J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze, 265 ff.; derselbe, Grundrechte 77 ff.; Wildhaber, Projekt 239 ff.; Schlumpf 85 ff.; Aubert, Les droits fondamentaux.

50 Saladin, Grundrechte im Wandel 292 f., bezeichnet dies als "individuell-negatorisches, subjektiv-defensives Grundrechtsverständnis"; auch Saladin, Funktion 539 ff.; Huber, Bedeutung der Grundrechte 140 mit Hinweis in Anm. 8; derselbe, Die Grundrechte 187; Schumann, Grundrechtskatalog 34; Giacometti, Staatsrecht der Kantone 162 f.; Fleiner/Giacometti 243 f.

51 Schlussbericht 98; ähnlich Wespi 3.

Funktionen an "unterstaatliche Machttträger" abzugeben⁵². Speziell die Handels- und Gewerbefreiheit und die Eigentumsgarantie, welche letztere allerdings erst spät als ausdrückliches, in der Verfassung garantiertes Grundrecht des Bundes anerkannt worden ist⁵³, waren in den letzten Jahrzehnten in besonderer Weise dem Wandel der sozialen, ökonomischen und politischen Gegebenheiten ausgesetzt. Das wirtschaftliche Geschehen distanzierte sich zunehmend von der Idee des selbständigen, eigenverantwortlich handelnden Menschen, dessen wirtschaftliche Aktivität als elementares, grundrechtlich schützenswertes Tun erschien. Es ist heute unter anderem gekennzeichnet durch Verflechtungen in einem dichten Netz von Kartell- und Verbandsbindungen⁵⁴. Wurde die Garantie des freien Eigentums im letzten Jahrhundert noch als "unerlässliche Voraussetzung für die Entfaltung der individuellen Persönlichkeit vor allem auf wirtschaftlichem Gebiet" betrachtet⁵⁵, so dienen manche Formen des Eigentums heute immer mehr der starren Sicherung materieller Werte und individuellen Prestiges⁵⁶, und dieses sieht sich auch zunehmend Zugriffen sozialen und planerischen Charakters ausgesetzt⁵⁷.

Schliesslich haben die technischen Entwicklungen der letzten Jahre im Bereich der Informationsübermittlung bewirkt, dass Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit nicht mehr nur als Ausdruck freier Persönlichkeitsentfaltung erscheinen, sondern diese Grundrechte vielmehr auch weitverzweigte Probleme des Informationsaustausches – von der freien Wahl des Informationsmediums bis zur Kontrolle über monopolisierte Medien – berühren⁵⁸.

Als Folge dieser Entwicklungen konstatierte die schweizerische Lehre, dass die traditionelle Betrachtungsweise der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat den heutigen Bedürfnissen eines wirksamen Grundrechtsschutzes nicht mehr genüge⁵⁹. Vielmehr wurde festgestellt, heute müsse die gesamte Rechtsordnung darauf angelegt werden, die Grundrechte zu verwirklichen⁶⁰, das heisst, die Grundrechte seien auch in ihrer Bedeutung als "objektive Gestaltungsprinzipien für die ge-

52 Saladin, Funktion 533, spricht in diesem Zusammenhang von einem gleitenden Wandel des Ordnungs-, Schutz- und Trutz-Staates zu einer komplizierten Versorgungs-, Verteilungs- und Versicherungsorganisation; vgl. auch G. Müller, 235; Schlussbericht 98; Häring 2.

53 Volksabstimmung vom 14. September 1969 (Erwahrungsbeschluss vom 11. Dezember 1969, AS 1969 1849; BBl. 1969 II 1101).

54 Saladin, Funktion 536 f.; Gygi, Interventionsrecht und Interventionsverwaltung, ASR Heft 334, Bern 1958 S. 3/4; Huber, Bedeutung der Grundrechte 146 ff.; Wespi 3.

55 Saladin, Funktion 536.

56 Saladin, Funktion 536; Scheuner, Funktion 511.

57 Saladin, Grundrechte im Wandel 300 f.; J.P. Müller, Soziale Grundrechte 814.

58 Saladin, Funktion 537 f.; J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 266 ff.; Bericht 55; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 82 f.

59 Bericht 55; Saladin, Funktion 538 f.; derselbe, Grundrechte im Wandel, Vorwort XVIII f., 292 ff.

60 Saladin, Grundrechte im Wandel 295 f., welcher auf diesem Hintergrund ein sogenanntes "konstitutiv-institutionelles" Grundrechtsverständnis beschreibt; Saladin, Funktion 539 ff.; Bosshart 121.

samte Staats- und Rechtsordnung" zu verstehen⁶¹. Vor allem aber habe der Staat vermehrt – zum Beispiel durch Bereithalten entsprechender Institutionen – die für den wirksamen Grundrechtsschutz notwendigen Voraussetzungen sicherzustellen⁶².

Damit aktualisiert sich letztlich eine Ausprägung der Grundrechte neu, welche schon in der historischen Entwicklung der Grundrechtsidee bedeutungsvoll war⁶³. In diesem Sinn vollzieht sich damit heute gewissermassen eine Neuentdeckung dieser konstitutiv-institutionellen Funktion der Grundrechte, ausgehend von einem Grundrechtsverständnis, das – wie SALADIN bemerkt – von jeher viel stärker an Grundlegung und Gestaltung orientiert war als an einem auf systematische Gliederung und "metajuristische Legitimierung" ausgerichteten Denken⁶⁴. Ausdruck dieses zeitgemässen Grundrechtsverständnisses bildet auch Art. 24 des Verfassungsentwurfes 1977, welcher – unter dem Titel "Verwirklichung der Grundrechte" – vorsieht, dass Grundrechte in der ganzen Gesetzgebung, besonders auch in Organisations- und Verfahrensvorschriften, zur Geltung kommen müssten. Damit trägt dieser Verfassungsentwurf der Erkenntnis Rechnung, dass "die gesellschaftlichen Voraussetzungen einer freiheitlichen menschlichen Existenz" eine Aufgabe verfassungsrechtlich zu normierender gesellschaftspolitischer Gestaltung sei⁶⁵.

B Konsequenzen aus einem zeitgemässen Grundrechtsverständnis für eine wirksame Grundrechtsverwirklichung

1. Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte

Angesichts solcherart auch in der Schweiz beschriebener Gefahren für die elementaren menschlichen Freiheitsbedürfnisse aufgrund privater Machtausübung und aufgrund "sozialer" oder anderer "öffentlicher" Gewalten wurde von verschiedenen Seiten die Problematik einer Dritt- oder Horizontalwirkung der Grundrechte erkannt⁶⁶, das heisst eine Geltung der Grundrechte auch im privaten Rechtsverkehr.

61 J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 269 f.; ähnlich auch Schaumann, Grundrechtskatalog 34.

62 Mastronardi 88; Häring 3.

63 Saladin, Funktion 540 ff., welcher daran erinnert, dass in der Virginia Bill of Rights Menschenrechte als "Grundlage und Rechtsquelle der Staatsordnung, als 'the basis and foundation of government' gewährleistet" worden seien. Auch schweizerische (kantonale) Verfassungen seien teilweise von solchen Vorstellungen geprägt; vgl. auch Saladin, Grundrechte im Wandel 294; ebenso J.P. Müller, Soziale Grundrechte 818 f.

64 Saladin, Funktion 542 f.; derselbe, Grundrechte im Wandel 308 f. Nach J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 163, liegt das Wesen der Grundrechte nicht bloss in der "individualistischen Abgrenzung von Willenssphären", sondern "in der Gewährleistung eines bestimmten, wertbezogenen Ordnungsgefüges".

65 Bericht 55 (zu Art. 24 des Verfassungsentwurfes 1977).

66 J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 160; derselbe, Staatsleitende Grundsätze 266; Huber, Bedeutung der Grundrechte 139 ff., 157 ff.; derselbe, Die Grundrechte 202, Anm. 88; Kaufmann, Bestand 480 mit Hinweisen auf BGE 91 II 408, 86 II 376; Aubert, Les droits

Eine direkte Drittwirkung würde dabei bedeuten, dass ein Betroffener in einem konkreten Fall sich gegenüber Privatpersonen oder privatrechtlich strukturierten Unternehmungen auf ein Grundrecht berufen kann, wenn er sich in dessen Ausübung beeinträchtigt fühlt, und dass im entsprechenden Rechtsverfahren, zum Beispiel vor dem Zivilrichter, das Grundrecht vorrangig berücksichtigt werden müsste⁶⁷. Die indirekte Drittwirkung wird darin erblickt, dass Grundrechte in der Gesetzgebung, namentlich wo es um die Regelung privatrechtlicher Verhältnisse geht, mitberücksichtigt werden, bedeutet also im Grunde genommen eine Art "grundrechtskonformer Auslegung" der Privatrechtsnormen⁶⁸. Die Forderung nach der Anerkennung einer Drittwirkung, namentlich einer indirekten, schliesst dogmatisch an die oben festgestellte Rückbesinnung auf die objektivrechtliche, "konstitutiv-institutionelle" Bedeutungsschicht der Grundrechte an, durch welche den Grundrechten als elementare Ordnungsprinzipien für alle Rechtsbereiche – als "überdachendes Verfassungsrecht" normative Wirkkraft zuerkannt wird⁶⁹.

Im Verfassungsentwurf 1977 sieht Art. 25 vor, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung für die sinngemässe Anwendung der Grundrechte unter Privaten besorgt zu sein hätten. Ferner soll, wer Grundrechte ausübt, die Grundrechte anderer achten und es soll auch niemand durch Missbrauch seiner Machtstellung Grundrechte beeinträchtigen. Wenngleich die Diskussion im schweizerischen Schrifttum noch weithin kontroverse Züge aufweist, wird doch behauptet, der Verfassungsentwurf widerspiegle die heute herrschende Lehrmeinung⁷⁰. Es ist nicht der Anlass, hier grundlegend in die dogmatische Auseinandersetzung einzugreifen. Immerhin deutet die im Verfassungsentwurf 1977 vorgeschlagene Lösung an, dass die Gefährdungen der Grundrechte durch nichtstaatliche Macht – bedingt durch die erwähnten vielfältigen menschlichen Abhängigkeiten – erkannt worden sind und dass es die Aufgabe des Staates sein muss, extremen Gefahren zu begegnen⁷¹.

fondamentaux 14, mit Hinweis auf BGE 101 IV 167 (172); Häring 12, Wildhaber, Projekt 248.

67 Schlussbericht 101; Wespi 10.

68 G. Müller, 241; Schlussbericht 101 f.; Wespi 11.

69 G. Müller, 235 f.; J.P. Müller, Soziale Grundrechte 812; Saladin, Grundrechte im Wandel 309; Scheuner, Funktion 506; Bosshart 122; Huber, Bedeutung der Grundrechte 140 f.; Hangartner 342. K. Hesse 150 f. stellt fest, die Grundrechte müssten die Auslegung privatrechtlicher Vorschriften um so nachhaltiger beeinflussen, je mehr es um den Schutz personaler Freiheit gegen Ausübung wirtschaftlicher oder sozialer Macht gehe. Wie im Verhältnis des Einzelnen gegenüber den staatlichen Gewalten sei hier das Mindestmass an Freiheit gefährdet, das die Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung des Gemeinwesens gewährleisten sollen. Es sei nicht der Sinn der Freiheit von den Bindungen der Grundrechte, freiheitsvernichtende Ausübung wirtschaftlicher oder sozialer Macht verfassungsrechtlich zu sanktionieren.

70 G. Müller 237 f. Gegen die Drittwirkungslehre haben sich namentlich gewandt: Aubert, Traité no 1743–1745, S. 627 f.; Wespi 42 ff.; Favre Antoine, Droit constitutionnel suisse, 2. Aufl. 1970, 253 ff.; Grisel André, Droit administratif suisse, 1970, 359. Thürer, 108, erkennt in Art. 25 Abs. 1 des Verfassungsentwurfes 1977 ein "vorsichtig umschriebenes Prinzip der Drittwirkung".

71 G. Müller 244.

2. Das Postulat der Leistungsansprüche aus Grundrechten

Der Vollständigkeit halber sei hier noch auf eine Problematik hingewiesen, die ihren Ursprung ebenfalls in der Erkenntnis besitzt, dass heute menschliche Freiheit in starkem Masse durch andere als staatliche Gewalten bedroht ist. Es geht um die Forderung nach positiven Leistungsansprüchen aus Grundrechten gegenüber dem Staat⁷². Das Bundesgericht hat in seiner jüngsten Rechtsprechung vereinzelt solche Ansprüche in beschränktem Umfang geschützt⁷³, andere aber auch ausdrücklich abgelehnt⁷⁴.

Auch die vorgeschlagene Anerkennung von Sozialrechten in Art. 26 des Verfassungsentwurfes 1977 bringt zum Ausdruck, dass dem Staat in stärkerem Mass die Aufgabe zugeordnet ist, menschliche Freiheit nicht nur durch unterlassenes Eingreifen, sondern durch Schaffung bestimmter Voraussetzungen für eine freiheitliche menschliche Existenz zu garantieren⁷⁵.

3. Die Anerkennung von Beziehungen zwischen den Grundrechten im Rahmen des gewandelten Grundrechtsverständnisses

Die Forderungen nach Anerkennung einer Dritt- oder Horizontalwirkung bzw. nach Leistungsansprüchen aus Grundrechten sind im Hinblick auf eine Verbesserung des tatsächlichen Grundrechtsschutzes — angesichts der besonderen Gefährdung menschlicher Freiheit innerhalb der heutigen Lebensverhältnisse und aus der daraus resultierenden Konsequenz, dass der Staat die Voraussetzungen für einen wirksamen Grundrechtsschutz zu gewährleisten habe — erhoben worden. Zu diesen beiden Postulaten, deren Verwirklichung der Rechtsprechung innerhalb der ihr zufallenden Konkretisierungsaufgabe übertragen zu sein scheint, gesellt sich nun noch ein weiteres, formales Anliegen, welches namentlich im Hinblick auf eine Totalrevision der Bundesverfassung Bedeutung erlangt. Es geht um die Forderung nach einer systematischen

72 J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 266; Bosshart 122; Mastronardi 88 f.; Kaufmann, Bestand 481; neuerdings Daniel Trachsel, Über die Möglichkeit justiziabler Leistungs-forderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Diss. Zürich 1980.

73 BGE 100 Ia 392 ff., 405, Erw. 6 (Versammlungsfreiheit); 101 Ia 471 ff. (Handels- und Gewerbefreiheit).

74 BGE 103 Ia 369 ff., 378, Erw. 4a, 388 f., Erw. 7d/bb (kein verfassungsmässiger Anspruch auf Zulassung zu einer Hochschule im Rahmen der Handels- und Gewerbefreiheit), vgl. dazu J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 123 ff.; derselbe, ZBJV 116 (1980) 249 f.; BGE 104 Ia 88 ff., 97, Erw. 5c (keine aus der Informationsfreiheit folgende Pflicht der Behörden, Informationen bekanntzugeben); vgl. dazu J.P. Müller, ZBJV 116 (1980) 246, ebenso BGE 104 Ia 377 ff., 378, Erw. 2.

75 Zur Problematik der sozialen Grundrechte ausführlich J.P. Müller, Soziale Grundrechte 708 ff.; E. Grisel, Les droits sociaux 13 ff.; Schlussbericht 180 ff.; Huber, Soziale Verfassungsrechte 149 ff.

Durchgestaltung des Grundrechtskataloges. Dieses Postulat trägt allerdings nur auf den ersten Blick formaljuristische, gewissermassen "verfassungskosmetische" Züge.

Als Vorteile eines kompakten Grundrechtskataloges nennt der Schlussbericht – als rein formale Gesichtspunkte – eine grössere Übersichtlichkeit⁷⁶ und die Möglichkeit, allen Grundrechten gemeinsame Bestimmungen vorzusehen. Als weiteren, inhaltlichen Aspekt führt der Schlussbericht sodann die Möglichkeit an, das Verhältnis der Grundrechte untereinander könne in einem Grundrechtskatalog erfasst werden. Auch könnten – was in einzelnen Stellungnahmen im Hinblick auf eine Totalrevision der Bundesverfassung angeregt worden sei – die Grundrechte "wirksamer geschützt und besser ausgelegt und weiterentwickelt" werden, ferner werde ihre Erkennbarkeit gefördert⁷⁷.

In der schweizerischen Literatur wurde im Vorfeld der geplanten Totalrevision der Bundesverfassung verschiedentlich die Forderung nach einem systematisch durchgestalteten Grundrechtskatalog erhoben. Mit einer Gliederung und Gruppierung der Grundrechte nach "bestimmten Kriterien" soll dabei der Lehre und Rechtsprechung einerseits die Klärung bestehender Sach- und Funktionszusammenhänge ermöglicht werden⁷⁸. Andererseits steht hinter diesem Postulat der Wunsch, die "konstitutiv-institutionelle" Funktion der Grundrechte im Hinblick auf einen "umsichtigen Nachvollzug" konstitutioneller Leitgrundsätze zum Ausdruck zu bringen. Überdies soll diese Gliederung erleichtern, die Wirkungsbereiche der Grundrechte "überzeugend" gegeneinander abzugrenzen⁷⁹.

Gerade solche Abgrenzungsfragen beschäftigen den Verfassungsrichter heute in zunehmendem Masse. Verschiedenste Eingriffe gegenüber dem um Grundrechtsschutz ersuchenden Bürger, welcher in einem immer dichter werdenden Netz von Abhängigkeiten befangen ist, zwingen dazu, oftmals sehr komplexe Lebenssachverhalte zu beurteilen, welche die Schutzzonen mehrerer Freiheitsrechte zu erfassen scheinen⁸⁰.

In solchen Fällen kann es sich dann zeigen, dass einzelne Grundrechte zueinander in einer mehr oder weniger engen Beziehung stehen und innerlich miteinander zusammenhängen.

Ein solcher Zusammenhang zeigt sich namentlich im Bereich der als ungeschriebene Grundrechte anerkannten Verbürgungen, welche gemäss der bundesgerichtlichen Praxis anerkannt werden, wenn sie die Voraussetzung für die Ausübung ande-

⁷⁶ In diesem Sinne auch Rhinow, Grundrechtskatalog 227 f.

⁷⁷ a.a.O. 62 ff.

⁷⁸ Rhinow, Grundrechtskatalog 228 mit Hinw. in Anm. 10; a.a.O. 239 bei Anm. 29 weist Rhinow namentlich darauf hin, dass trotz gewissen "Beziehungsrelationen" in den Grundrechtsgarantien kein "System" erblickt werden könne. Dies folge aus der historischen Entwicklung, der Unableitbarkeit vieler Grundrechte aus einem "Obersatz der allgemeinen Freiheit" sowie aus der die gesamte Rechtsordnung überdachenden und durchdringenden objektiv-konstituierenden Funktion der Grundrechte und der Folge einer Nivellierung und des damit verbundenen Substanzverlustes der Grundrechte.

⁷⁹ Saladin, Funktion 559 f.

⁸⁰ Wittig 590.

rer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte darstellen, bzw. unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung bilden⁸¹. Andere Beziehungen können sich zeigen, wenn für den zu beurteilenden Sachverhalt mehrere Grundrechte berücksichtigt werden müssen, sei es, dass auf Seiten des Grundrechtsträgers mehrere Garantien den Sachverhalt ganz oder teilweise betreffen, sei es, dass die Grundrechtsausübung des einen diejenige eines oder mehrerer anderen tangiert⁸².

Es kann nicht endgültig beurteilt werden, inwiefern eine gewisse Gruppierung bzw. eine systematische Erfassung der Grundrechte nach bestimmten inhaltlichen Kriterien in der Lage sein kann, der Grundrechtsanwendung die Lösung solcher Abgrenzungsfragen vorwegzunehmen⁸³. Allzuviel darf hierbei nicht erwartet werden, denn die knappen Formulierungen der Grundrechtsbestimmungen werden auch innerhalb eines systematisch so weit als möglich geordneten Grundrechtskataloges eine Konkretisierung ihrer Normbereiche durch den Richter erfordern, und Abgrenzungen dürften auch weiterhin zur Hauptsache am konkreten Einzelfall vorgenommen werden. Auffallend ist ja, dass gerade in der Bundesrepublik Deutschland, deren Bonner Grundgesetz einen gesonderten, kompakten Grundrechtskatalog enthält, die Frage der gegenseitigen Beziehungen der Grundrechte – im speziellen bei sogenannten Grundrechtskonflikten – das Schrifttum zu zahlreichen Stellungnahmen herausgefordert hat, wogegen in der Schweiz – trotz gleichgelagerter sozialer, gesellschaftlicher und ökonomischer Entwicklungen in der jüngsten Vergangenheit – entsprechende Publikationen sehr selten sind.

81 U.a. BGE 100 Ia 392 ff., 400, Erw. 4 c.

82 Bethge 27 weist darauf hin, dass Grundrechte verschiedener Rechtsträger sich wechselseitig bedingen, in einem funktionellen Zusammenhang stehen bzw. einander voraussetzen, was auf das heute ausgeprägte "Interaktionen- und Informationsgeflecht einer extrem arbeitsteiligen Wirtschaft" zurückzuführen sei. Vgl. auch Hans Heinrich Rupp, Grundgesetz und "Wirtschaftsverfassung", Tübingen 1974, 16. Im Verfassungsentwurf 1977 hat diese letzte Konstellation ihren Niederschlag in Art. 25 Abs. 2 gefunden, vgl. das entsprechende Beispiel einer Grundrechtskollision im Sinne der herrschenden deutschen Terminologie im Bericht 56 (zu Art. 25).

83 Friesenhahn G 19 stellt fest, dass zur Lösung von Konkurrenzen und Widersprüchen bei Inanspruchnahme von Grundrechten durch verschiedene Grundrechtsträger eine systematische Ordnung der Grundrechtsbestimmungen etwas beitragen könnte, weil dadurch "Massstäbe für die Wertabwägung bei der gegenseitigen Begrenzung und Rangfolge" geliefert würden.

2. Kapitel

Grundrechtskonflikte im deutschen Verfassungsrecht

§ 3 Begriffliches

I Allgemeines

In der jüngeren Vergangenheit haben sich verschiedene Autoren in Deutschland mit Grundrechtskonflikten auseinandergesetzt¹.

Dennoch – oder eher gerade deswegen – ist es kaum möglich, eine einheitliche Linie in der Entwicklung der Lehre von den Grundrechtskonflikten zu erkennen. Auch die diesbezügliche Terminologie ist wenig gefestigt und inkonsequent. So werden die in diesem Zusammenhang aktuellen Begriffe “Grundrechtskonflikte”, “Grundrechtskonkurrenzen”, “Grundrechtskollisionen”, “grundrechtliche Überschneidungen”, “grundrechtliche Spannungslagen” usw. uneinheitlich verwendet. Als Oberbegriffe haben sich namentlich der hier im gleichen Sinn verwendete Terminus “Grundrechtskonflikt”² und die Bezeichnung “grundrechtliche Spannungslage”³ herauskristallisiert. Weiter besteht eine grundsätzliche Einigkeit darüber, dass sogenannte “Grundrechtskonkurrenzen” von “Grundrechtskollisionen” unterschieden werden können. Dies wird zunächst näher zu betrachten sein.

II Grundrechtskonkurrenzen

Eine Grundrechtskonkurrenz liegt nach BERG vor, wenn durch eine und dieselbe Verhaltensweise eines Grundrechtsträgers, welche sich unter dem Gesichtspunkt des Zweck- und Willenszusammenhangs als einheitlicher Lebensvorgang darstellt, mehrere grundrechtliche Tatbestände erfüllt werden⁴. Wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen eines “echten” Konkurrenzverhältnisses sei, dass durch “einwandfreie Einzelauslegung” eine möglichst präzise Abgrenzung der “Tatbestandsmerkmale” von Grundrechten vorgenommen werde⁵.

1 Berg 1 ff.; Bethge 1 ff.; Blaesing 1 ff.; Schwabe, Grundrechtsdogmatik 324 ff.; derselbe Grundrechtskonkurrenzen 191 ff.; Schwacke 11 ff.; F. Müller, Positivität 46 ff.; Lepa 161 ff.; Bachof 169 ff.; Erbel 122 ff.; Rüfner, Überschneidungen 41 ff.; derselbe, Grundrechtskonflikte 453 ff.; Bleckmann 275 ff.; Schneider 107 ff.; W. Müller 62 ff.

2 Rüfner, Grundrechtskonflikte 453 f.; Lepa 161; F. Müller, Einheit 195 f.

3 Schwacke 11 ff.

4 Berg 134; ähnlich Lepa 161 ff.; Rüfner, Grundrechtskonflikte 453 f.; Blaesing 7; Schneider 107 ff.

5 Berg 50, 78, 96 mit Hinweisen; Schneider 109; Schwabe, Grundrechtsdogmatik 324; derselbe, Grundrechtskonkurrenzen 192; F. Müller, Positivität 51.

Auch im Bereich der Grundrechtskonkurrenzen ist die in der Lehre verwendete Terminolo-

Als Beispiel für eine Konkurrenzsituation wird der Fall eines Geistlichen erwähnt, welcher in einer Predigt eine Schmährede hält. Kann er sich dabei nun auf die Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) oder auf das in Art. 4 Abs. 2 GG gewährleistete besondere Recht auf ungestörte Religionsausübung berufen⁶?

Für den Teilnehmer an einer Demonstration könnte das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG) mit dem der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) konkurrieren⁷.

Vereinzelt wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass Grundrechtskonkurrenzen mit den aus dem Strafrecht geläufigen Konkurrenzbegriffen vergleichbar seien. Dabei sind sowohl Sachverhalte denkbar, die bezüglich ihrer Voraussetzungen der strafrechtlichen Idealkonkurrenz, bei welcher ein einheitlicher Lebensvorgang den gesetzlichen Tatbestand mehrerer Strafbestimmungen erfüllt⁸, entsprechen, als auch solche, die mit Fällen der strafrechtlichen Gesetzeskonkurrenz vergleichbar sind, bei welcher jeweils infolge bestimmter inhaltlicher Beziehungen der beteiligten Normen letztlich nur eine von mehreren grundsätzlich betroffenen zur Anwendung gelangt⁹. Als ungeeignet erweist sich die Übertragung der im Strafrecht vorgesehenen Folgerungen für die Lösung der mit der Idealkonkurrenz vergleichbaren Fälle, denn der strafrechtliche Grundsatz, wonach die Schuld des Täters Grundlage für die Strafzumessung bildet¹⁰ und deshalb bei Idealkonkurrenz die dem schwerwiegendsten Schuldvorwurf angemessene Strafe nicht unterschritten werden darf, findet im Verfassungsrecht keine Entsprechung¹¹. Insofern erscheint eine Übernahme der strafrechtlichen Terminologie auf die vorliegende Problematik im Hinblick auf eine Lösung kaum hilfreich. Wieweit in den der strafrechtlichen Gesetzeskonkurrenz entsprechenden Fällen eine Anlehnung an die strafrechtliche Terminologie möglich ist, wird noch näher zu prüfen sein¹².

gie nicht einheitlich. So werden gelegentlich "Grundrechtsüberschneidung" und "Grundrechtskumulation" unterschieden. Dabei kann bei der Grundrechtsüberschneidung ein einheitliches Verhalten dem Schutzbereich mehrerer Grundrechte zugeordnet werden, deren Geltungs- bzw. Normbereiche sich in beschränktem Umfang überschneiden, während Grundrechtskumulation dann vorliegen soll, wenn ein solches Verhalten mehreren Grundrechten zugeordnet werden kann, welche keinen deckungsgleichen Sektor aufweisen, vgl. Schneider 108 f.

6 Berg 5; Lepa 161; Schwabe 11; Bleckmann 275.

7 Ossenbühl, Spontandemonstration 60 f.

8 Lepa 161; Berg 2 ff.; W. Müller 62 ff. mit Hinweisen in Anm. 28–31; Kunert 100, Anm. 33; Schwabe, Grundrechtsdogmatik 332 f. mit Hinweisen in Anm. 29.

9 Schwabe, Grundrechtsdogmatik 331 f. mit Hinweisen in Anm. 26; Berg 2 ff.

10 Berg 2 ff. mit Hinweis auf § 73 dStGB.

11 W. Müller 64; ähnlich Berg 8.

12 siehe hinten 29 ff.

III Grundrechtskollisionen

Eine Grundrechtskollision liegt dann vor, wenn sich verschiedene Grundrechtsträger zur Durchsetzung ihrer widerstreitenden Interessen auf Grundrechte berufen¹³. Dabei kann angesichts des Rechtsgleichheitsprinzips keine grundrechtlich gesicherte Position zum vornherein durch eine andere verdrängt werden¹⁴, sondern der Staat, welcher von den Parteien zur Durchsetzung ihrer Grundrechtsansprüche angerufen wird, schöpft die Begrenzungen der beteiligten Grundrechte unter anderem wechselseitig aus den entgegenstehenden Grundrechtsinteressen. Da für die Bestimmung der Grundrechtsschranken noch andere Prinzipien als gegenläufige Grundrechtsverbürgungen massgebend sind, wird der Begriff der Grundrechtskollisionen in der Lehre teilweise auch auf andere Fallgruppen ausgedehnt, so auf das Zusammenreffen eines Individualrechtes "mit dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Gemeinschaftsinteresse" oder auf Fälle, bei denen "die subjektive Seite eines Grundrechts und ein verfassungsrechtlich gesichertes Institut" kollidieren¹⁵. BLAESING folgert aus dem Doppelcharakter der Grundrechte, dass Grundrechtskollisionen einerseits dann vorliegen, wenn mehrere in den Grundrechten enthaltene *objektive Werte* auf "die übrige Rechtsordnung" ausstrahlen, was zu einer gegensätzlichen Beurteilung eines Sachverhaltes führe, andererseits dann, wenn *subjektive* Berechtigungen verschiedener Grundrechtsträger aufeinandertreffen¹⁶. Welche Konstellationen im einzelnen dabei denkbar sind, braucht hier nicht abschliessend untersucht zu werden. Anerkannt ist jedenfalls vom überwiegenden Teil der deutschen Lehre, dass bei Grundrechtskollisionen im Gegensatz zu Grundrechtskonkurrenzen sich immer die Interessen mehrerer Grundrechtsträger gegenüberstehen¹⁷.

Als geläufigstes Beispiel einer Grundrechtskollision erwähnt die Lehre den sogenannten Mephisto-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes¹⁸.

Im Roman "Mephisto, Roman einer Karriere" hatte Klaus Mann den Aufstieg des Schauspielers Hendrik Höfgen beschrieben, der ohne Rücksicht auf politische Überzeugung oder menschliche und ethische Bindungen mit den nationalsozialistischen Machthabern sympathisierte, um in seiner künstlerischen Karriere gefördert zu werden. Als Vorbild für die Hauptfigur hatte dem Autor – für einen grösseren Leserkreis ohne weiteres erkennbar – der Schauspieler Gustaf Gründgens gedient. Weil verschiedene bedeutende Einzelheiten des Romans, welche das Charakterbild der Hauptfigur in negativer Weise zeichneten, nicht der wirklichen Lebensgeschichte von Gründgens entsprachen, erwirkte dessen Adoptivsohn das

13 Blaesing 2 f.; Lepa 161; Rübner, Grundrechtskonflikte 453 ff.; Bleckmann 275; Schneider 113 f.; Bethge 2, Anm. 6 mit Hinweis, betont, dass die Terminologie bislang auf "freier, endgültig noch keinesfalls gesicherter wissenschaftlicher Begriffsbildung" beruhe.

14 Schneider 113 f.

15 Lepa 166; ähnliche Unterscheidungen auch bei Schwacke 11 ff., 28 ff., grundlegend dazu Schneider 115 ff.

16 A.a.O. 3.

17 Schneider 114; Blaesing 2 ff.

18 BVerfGE 30, 173; Schwacke 42 ff.; Lepa 166.

Verbot der Verbreitung dieses Romans, wobei er sich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Art. 1 Abs. 1 GG berief.

Der Verleger von Manns Roman machte demgegenüber die in Art. 5 Abs. 3 GG garantierte Kunstfreiheit geltend. Das Bundesverfassungsgericht hatte nun die gegensätzlichen Standpunkte abzuwägen. Dabei stellte sich Stimmengleichheit ein, worauf das Gericht ausserstande war festzustellen, dass die angefochtenen Urteile der Vorinstanz verfassungswidrig gewesen waren¹⁹.

Es hielt aber fest, dass eine Würdigung dieser Urteile in ihrem Gesamtzusammenhang keinen Hinweis auf eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von Bedeutung und Umfang der Schutzbereiche der beiden Grundrechte enthalte. Damit verhalf das Bundesverfassungsgericht dem Anspruch des Persönlichkeitsschutzes gegenüber der Kunstfreiheit zum Durchbruch und bestätigte das Verbot des Romans²⁰.

Die Frage der Grundrechtskollisionen betrifft – wie gerade das angeführte Fallbeispiel des Bundesverfassungsgerichtes zeigt – weniger die Beziehungen der Grundrechte untereinander, sondern mehr die Problematik der Einschränkung der beteiligten Grundrechte²¹. Aus diesem Grunde wurden Grundrechtskollisionen oft im Zusammenhang mit der sogenannten Drittwirkung von Grundrechten behandelt²². Daneben erklärt dies aber auch, weshalb der Kollisionsbegriff bisher noch kaum endgültig gefestigt ist: Bei der Bestimmung von Grundrechtsschranken – auch bei denen der sogenannte “vorbehaltlos”²³ gewährten Grundrechte – kann nicht immer mit letzter Klarheit herausgeschält werden, wo nun aufgrund einer gegenläufigen Grundrechtsposition und wo aufgrund anderer höherrangiger Interessen ein Grundrecht seine Grenzen findet²⁴.

Für die hier interessierende Problematik der Grundrechtsbeziehungen sind aus diesem Grunde von den Erörterungen des Schrifttums zu den Grundrechtskonkurrenzen die klareren Aufschlüsse zu erwarten, weil bei diesen die Grundrechte unmittelbar und nicht bloss indirekt, zum Beispiel über eine grundrechtskonform ausgestaltete Gesetzgebung als Begrenzung einer Grundrechtsausübung, zusammenreffen. Für den weiteren Verlauf dieser Untersuchung rechtfertigt sich daher, vorwiegend den Problemkreis der Grundrechtskonkurrenzen zu berücksichtigen.

19 A.a.O. 196 mit Hinweis auf § 15 Abs. 2 Satz 4 BVerfGG.

20 Gleichzeitig – und hierin liegt eine grundlegende Bedeutung dieses Beschlusses – musste das Bundesverfassungsgericht für die formell schrankenlos gewährleistete Kunstfreiheit “aus der Verfassung selbst” Schranken herleiten. Es stellte dazu fest, die Kunstfreiheit sei als Teil des grundrechtlichen Wertsystems insbesondere der in Art. 1 GG garantierten Würde des Menschen zugeordnet, die als oberster Wert das ganze grundrechtliche Wertsystem beherrsche; Schwacke 42 ff.; kritisch Schwabe, Grundrechtsdogmatik 400.

21 Lepa 165.

22 Kritisch Blaesing 33; Schneider 116.

23 Vgl. dazu BVerfG 30, 173 (191 ff.); 28, 243 (260/61); Blaesing 33 f.

24 F. Müller, Positivität 46 ff., stellt die Grundrechtskollisionen in den grösseren Zusammenhang der gegenseitigen Überschneidung von “Verfassungsnormen”.

IV Grundrechtskonkurrenzen und -kollisionen als Scheinprobleme?

Ein Teil der deutschen Lehre hat versucht, Grundrechtskonflikte als Scheinprobleme zu qualifizieren. Namentlich wird darauf hingewiesen, es handle sich lediglich um "das Problem der Abgrenzung der Tatbestandsvoraussetzungen von Einzelgarantien untereinander"²⁵. In der Tat mag in manchen Fällen eine genaue Inhaltsbestimmung der Grundrechte durch Tatbestands- und Normbereichsanalyse ein Konfliktsproblem vermeiden²⁶. Dieser Abgrenzung kommt daher eine "Filterwirkung" zu, welche – als Voraussetzung für die Annahme einer Konfliktsituation – den Begriff der Konkurrenzen und Kollisionen in engen Schranken hält²⁷. Gerade weil aber im Grundrechtsbereich keine absolute begriffliche Schärfe möglich ist, lassen sich nicht alle Konfliktsituationen mit der Tatbestandsabgrenzung bewältigen. In der neueren deutschen Literatur herrscht denn auch die Meinung vor, dass die Problematik der Grundrechtskonflikte keine Scheinproblematik darstellt²⁸.

§ 4 Die Bedeutung des Problems der Grundrechtskonflikte: Schrankendivergenz

I Allgemeines

Problematisch wird eine Konkurrenz von Grundrechten dann, wenn die beteiligten Grundrechte unterschiedlich formulierte Schranken aufweisen, besonders, wenn ein formell schrankenloses mit einem einschränkbares Grundrecht konkurriert²⁹. Damit können sich für den Betroffenen – je nach den zur Anwendung gelangenden Schranken – unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben. Hierin liegt die wesentlichste Bedeutung des Konkurrenzproblems, und in der deutschen Lehre ist deshalb die Frage, nach welchen Gesichtspunkten eine Konkurrenz von Grundrechten aufzulösen sei, immer wieder im Hinblick auf die letztlich anwendbaren Grundrechtsschranken erörtert worden³⁰. Dagegen gilt als anerkannt, dass Konkurrenzen

25 Wehrhahn 273; dazu Berg 50 ff. mit weiteren Hinweisen.

26 Bleckmann 276; Schneider 109; Lepa 163; F. Müller, Positivität 51.

27 Vgl. die Definition von Berg, vorn 16. Lepa weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Wirkungsbereich von Grundrechten nicht einengend zu bestimmen ist, sondern gemäss einem Grundsatz des Bundesverfassungsgerichtes so, dass die Auslegung die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet, a.a.O. 163 mit Hinweis auf BVerfGE 6, 55 (72).

28 Schneider 109 f.; Lepa 163 f.; Berg 74; Bleckmann 276; F. Müller, Positivität 51; W. Müller 74 ff.

29 Berg 5, 9 f.; Lepa 161 f.; Rübner, Grundrechtskonflikte 474; Bleckmann 276.

30 Es scheint, dass einzelne Autoren den Konkurrenzbegriff so eng fassen, dass sie nur dann Konkurrenz annehmen, wenn die beteiligten Grundrechte unterschiedlich einschränkbar sind, vgl. Blaesing 7.

von gleicherart beschränkbar oder schrankenlosen Grundrechten unproblematisch sind³¹.

II Begriff und Grundlagen der Grundrechtsschranken im Bonner Grundgesetz

Auszugehen ist bei der Bestimmung der Grundrechtsschranken allein vom Verfassungstext, denn ebenso wie die Gewährleistung der Grundrechte selbst in der Verfassung begründet ist, müssen auch die Beschränkungen dieser Rechte ihre Grundlagen im Verfassungstext finden³². Eine erste Grenzziehung ergibt sich dabei zunächst aus den Begriffen, mit denen grundrechtlicher Schutz umschrieben wird. Man bezeichnet diese Schranken als "grundrechtsimmanente" Schranken³³. Da diese Begriffe, wie schon dargelegt wurde, den Normbereich der einzelnen Grundrechte lediglich andeuten, sagt diese Schrankenziehung nur sehr wenig aus, wenn auch in der Literatur darauf hingewiesen wird, dass die Bindung der Interpretation an den Normtext eine Bestimmung sachlich einenge, was namentlich bei sonst vorbehaltlos garantierten Grundrechten von Bedeutung sei³⁴.

Bedeutender sind die in den einzelnen Artikeln des Grundrechtskataloges des Grundgesetzes enthaltenen ausdrücklichen Eingriffsvorbehalte. Dabei lassen sich verschiedenartig formulierte Grundrechtsschranken unterscheiden. Die engste Begrenzungsmöglichkeit findet sich in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG, wo Inhalt des Eigentums- und Erbrechts durch "die Gesetze" bestimmt werden kann³⁵. In andere Grundrechte, wie etwa in das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Freiheit der Person, kann nur "auf Grund eines Gesetzes" eingegriffen werden (Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG)³⁶. Die allgemeine Meinungsäußerungsfreiheit, die Presse- und Informationsfreiheit stehen unter einem qualifizierten Gesetzesvorbehalt (Art. 5 Abs. 2 GG)³⁷. Die Versammlungsfreiheit unter freiem Himmel kann "durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" beschränkt werden (Art. 8 Abs. 2 GG). Besonders qualifizierte Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen finden sich etwa bei der Lehrfreiheit

31 Schneider 110.

32 K. Hesse 131.

33 K. Hesse 131 f.; von Mangoldt/Klein, Vorbem. B XV 2a, S. 124 f.; a.A. z.B. Erbel 116, welcher in den "immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken" eine unzulässige Umwandlung begrifflicher Schutzgegenstandsgrenzen in Freiheitsschutzschranken erblickt. Ausführlich zur "Immanenz-Theorie" auch Blaesing 94 ff.

34 K. Hesse 30 f.; F. Müller, Positivität 55 f., welcher in den ausdrücklichen Schrankenformulierungen bei gewissen Grundrechten "eine zusätzliche Möglichkeit der Eingrenzung grundrechtlicher Geltungsgehalte, von welcher der Verfassungsgeber nur zum Teil und nur in differenzierender Form Gebrauch gemacht" habe, erblickt. Grundlegend auch F. Müller, Normstruktur 13 f.; derselbe, Freiheit der Kunst 56.

35 Berg 104; W. Müller 79.

36 K. Hesse 133.

37 K. Hesse 133.

(Art. 5 Abs. 3 GG), wo es heisst, die Freiheit der Lehre "entbindet nicht von der Treue zur Verfassung", ferner bei der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 2 GG), wo Vereinigungen mit näher bestimmter Zielsetzung oder Tätigkeit verboten werden. Schliesslich finden sich auch Grundrechtsbestimmungen, welche nicht mit einer ausdrücklich formulierten Beschränkungsmöglichkeit ausgestattet sind, so die Freiheit des Glaubens, Gewissens und Bekenntnisses und der Religionsausübung (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG), die Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und – vom Wortlaut und der systematischen Stellung her, wie BERG betont – das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG)³⁸.

III Differenziertes Schrankensystem im Bonner Grundgesetz?

In Anbetracht der aufgezeigten formalen Schrankendivergenz stellt sich die Frage, ob der Verfassungsgeber mit der Schrankenformulierung ein eigentliches differenziertes Schrankensystem errichten wollte. Diese Problematik ist in der deutschen Lehre umstritten³⁹. Gegner eines Schrankensystems werfen der Schrankenregelung Willkürlichkeit und Widersprüchlichkeit vor und sprechen von einem eigentlichen "Schrankenwirrwarr"⁴⁰, welcher es verunmögliche, "die Schranken der Grundrechte allein und befriedigend aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst zu ermitteln". Es sei nicht einzusehen, weshalb in Art. 5 Abs. 2 GG die Meinungsfreiheit inklusive der Freiheit von Presse, Rundfunk und Film durch allgemeine Gesetze beschränkbar sei, dagegen bei der Freiheit von Kunst, Wissenschaft und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG), von welcher die Respektierung der allgemeinen Gesetze genauso erwartet werden dürfe, ein derartiger Vorbehalt fehle. Die Schrankenregelung sei weder konsequent noch praktikabel. Wie das Bonner Grundgesetz kein durchgestaltetes Grundrechtssystem gewährleiste, enthalte es auch kein Schrankensystem, denn auch die Schranken seien – entsprechend der historischen Entwicklung der Grundrechte als Antworten auf jeweilige besondere Gefährdungen menschlicher Freiheit – punktuell entstanden und auf die jeweiligen besonderen Grundrechte abgestimmt. Ihre Intensität sei von grundrechtsspezifischen Gesichtspunkten, wie Kollisionsmöglichkeit mit anderen Rechtsgütern, unterschiedliche Möglichkeit und Schädlichkeit des

38 Berg 102; W. Müller 78 f.; ausführlich zu den "vorbehaltlos" verbürgten Grundrechten: F. Müller, Positivität 55 f. und Schneider 46 ff.; Blaesing 111; Wintrich 5 ff. Auch das Bundesverfassungsgericht anerkennt, dass die Grundrechtsbestimmungen mit abgestuften Gesetzesvorbehalten versehen sind, z.B. BVerfGE 6,32 (37).

39 Berg 30 ff.; vgl. auch E. Hesse 63 ff.

40 Bettermann 1 ff.; vgl. auch Ossenbühl, Spontandemonstration 78; Rupp, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, AöR 92 (1967) 212 ff., 216.

Fehlgebrauchs der Freiheit, unterschiedliche "Gefährlichkeit" und Gefährdung des Grundrechts usw. geprägt⁴¹.

A) Die besondere Problematik vorbehaltlos gewährleisteter Grundrechte

Gegen eine abgeschlossene Schrankensystematik im Grundrechtsteil des GG wird auch vorgebracht, es könne – entgegen der grundgesetzlichen Ausgestaltung – keine schrankenfreien oder vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechte geben⁴². In diesem Sinne leitete denn auch das Bundesverfassungsgericht ungeschriebene Schranken der Religionsfreiheit aus der "Wertordnung des Grundgesetzes" her⁴³. Im bereits erwähnten Mephisto-Beschluss befand das Bundesverfassungsgericht, dass der an sich vorbehaltlos garantierten Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) einzig Grenzen gesetzt seien, welche "nur von der Verfassung selbst zu bestimmen sind"⁴⁴.

ERBEL vertritt nun die Ansicht, aus dem Verhältnis des in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu den übrigen im Grundrechtskatalog nachfolgenden "Einzelfreiheitsrechten", ergebe sich, dass die in Art. 2 Abs. 1 GG festgelegte Schrankenformulierung auf diese Rechte übertragen werden könne⁴⁵. Art. 2 Abs. 1 GG bestimme nämlich leitbildartig die "Grundrelation von Freiheit und Bindung der in der Gemeinschaft lebenden Person". Da die nachfolgenden Grundrechte ihrer Natur nach nur Ausgestaltungen, Konkretisierungen der Persönlichkeitsentfaltung in bestimmten Richtungen darstellten, müsse auch für sie die in dem "Mutter"-Recht festgelegte Grundrelation von Freiheit und sozialer Bindung gelten. Damit seien die Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG "mithin 'rechtslogisch-immanente' Schranken jeder Freiheit und, vom personalistischen Menschenbild der Verfassung her gesehen, eigentlich selbstverständliche soziale Bindungen der in der Gemeinschaft lebenden Persönlichkeit"⁴⁶. Damit will der genannte Autor speziell die vorbehaltlos gewährleistete Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG unterstellen⁴⁷.

41 Knies 81 Anm. 130 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch K. Hesse 133 f.

42 Bethge 259; Böckenförde, Gewissensfreiheit 54; Saladin, Grundrechte im Wandel 335.

43 BVerfGE 12, 1 ff.; 415; Saladin, Grundrechte im Wandel 336. F. Müller, Positivität 56 f., stellt fest, dass die schrankenlose Gewährleistung eines Grundrechts nicht bedeute, sein Geltungsgehalt sei unbegrenzt. Der entsprechende Normbereich sei sachlich eben doch begrenzt, weil der Normtext nur begrenzt interpretierbar sei; vgl. auch K. Hesse 30 f.

44 BVerfGE 30, 173 (193), siehe vorn 18 f.

45 A.a.O. 119 ff., gleicher Ansicht auch von Mangoldt/Klein, Vorbem. XV 3a, S. 130 ff., weitere Hinweise bei Berg 65, Anm. 101/102. Art. 2 Abs. 1 GG lautet: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst".

46 A.a.O. 120 f.; auf das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 zu den übrigen Grundrechten des GG wird noch zurückzukommen sein, vgl. hinten 69 ff.

47 Gleicher Ansicht auch Peters, Geschichtliche Entwicklung, 263 f.

Die dargelegte These ERBELS forderte ziemlich heftige Kritik heraus, welche sich teils auf seine grundlegende Ansicht über das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu den übrigen Grundrechten — einer in Deutschland sehr kontroversen Frage⁴⁸ —, teils aber spezifisch auf seine vorgeschlagene Schrankenübertragung bezog⁴⁹.

B) Kritik an der Übertragung der Schranken von Art. 2 Abs. 1 GG auf andere Grundrechte

Mit aller Deutlichkeit wird im Kommentar MAUNZ/DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ festgehalten, dass fehlende Gesetzesvorbehalte im Grundrechtskatalog die Bedeutung von beredtem Schweigen zugunsten einer positivrechtlich stärkstmöglichen Absicherung des betreffenden Freiheitsrechtes innehätten. Wörtlich heisst es: „Dieses bewusst *differenziert geregelte System der Beschränkungsmöglichkeiten* darf nicht dadurch gleichgeschaltet werden, dass man das jeweilige positivrechtlich unbeschränkte oder engumschrieben beschränkbare Grundrecht einfach mit denselben Schranken versieht, die unmittelbar dem eigenständigen, subjektiven öffentlichen Recht des Art. 2 I hinzugefügt sind ...“⁵⁰.

In ähnlicher Weise verweist auch E. HESSE auf die im Grundgesetz entsprechend dem in Frage stehenden Sachbereich differenzierten Grundrechtsschranken, welche dem Sondercharakter jedes Einzelfreiheitsrechtes gerecht würden. Das spreche dagegen, das einzelne Freiheitsrecht einer „grundrechtsfremden“ Schranke, etwa der des Art. 2 Abs. 1 GG, zu unterwerfen und damit das bewusst differenziert ausgestaltete Grundrechtsschrankensystem zu nivellieren⁵¹. Gleich argumentiert BERG⁵², welcher noch besonders auf die problematische Frage der Begriffsauslegung der „verfassungsmässigen Ordnung“ hinweist.

Das Bundesverfassungsgericht hat im bereits erwähnten Mephisto-Beschluss⁵³ festgestellt, im Falle der Kunstfreiheit, die in Art. 5 Abs. 3, Satz 1 GG vorbehaltlos garantiert sei, verbiete sich angesichts des klaren Verfassungswortlautes eine analoge Anwendung nicht nur von Art. 5 Abs. 2, welcher lediglich die in Abs. 1 der nämlichen Bestimmung gewährleisteten Grundrechte betreffe, sondern auch von den Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG. Dies wäre mit dem vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung anerkannten „Verhältnis der Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG zur Spezialität der Einzelfreiheitsrechte“ unvereinbar⁵⁴.

48 Vgl. dazu hinten 69 ff.

49 Berg 86 ff.

50 A.a.O. Randnr. 8b cc zu Art. 2 Abs. 1 GG.

51 A.a.O. 63 ff.

52 A.a.O. 9 ff., 30 ff., 65, 86 ff.

53 BVerfGE 30, 173 (191 ff.), siehe vorn 18 f., 23 Anm. 44

54 A.a.O. 192 mit Hinweisen auf BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 9, 63 (73); 9, 73 (77); 9, 338 (343); 10, 55 (58); 10, 185 (199); 11, 234 (238); 21, 227 (234); 23, 50 (55 f.).

C) Ergebnis: Schrankendivergenz

Auch wenn nach dem Gesagten festzustehen scheint, dass die einzelnen Grundrechtsschranken nicht allein dem Wortlaut der Grundrechtsbestimmungen im Bonner Grundgesetz entnommen werden können, sondern durch eine Zuordnung von Grundrechten und anderen Rechtsgütern jeweils erst gefunden werden müssen⁵⁵, lässt sich über die Tatsache der Schrankendivergenz nicht hinwegsehen, wie sie der Wortlaut des Grundgesetzes vorzeichnet. Dies folgt aus der beschriebenen punktuellen Entwicklung der einzelnen Grundrechtsverbürgungen und der dazugehörenden Schranken.

Dieser individuellen Entwicklung der einzelnen Grundrechte trägt der Verfassungswortlaut mit den unterschiedlich formulierten Grundrechtsschranken soweit Rechnung, als dies die grundlegende Aufgabe der Verfassung, nämlich "die Herstellung und Erhaltung eines Ordnungszusammenhanges, in dem sowohl die grundrechtlichen Freiheiten, als auch jene anderen Rechtsgüter Wirklichkeit gewinnen", erlaubt⁵⁶.

Die Tatsache, dass die einzelnen Grundrechte unterschiedlich beschränkbar sind, wird beim Problemkreis der Grundrechtskonflikte bedeutungsvoll: Je nach dem oder den in einem konkreten Fall zur Anwendung gelangenden Grundrechten können sich für einen Betroffenen verschiedene Konsequenzen ergeben⁵⁷.

§ 5 Die Lösung der Grundrechtskonflikte

I Allgemeines

Wie schon bei der Umschreibung des Problemkomplexes "Grundrechtskonflikte" lässt sich auch bezüglich der im Schrifttum vorgeschlagenen Lösungsmethoden zu deren Bewältigung keine einheitliche, geschlossene Linie erkennen.

So wird zunächst als Methode zur Lösung von Grundrechtskonkurrenzen vorgeschlagen, durch genaue Analyse der Tatbestandsmässigkeit bzw. durch entsprechenden Tatbestandsausschluss seien Konkurrenzsituationen zu entflechten⁵⁸. Nach der hier befolgten Terminologie dient dieses Vorgehen aber erst der Feststellung, ob überhaupt eine Grundrechtskonkurrenz vorliegt⁵⁹. Lässt sich ein angehender Grundrechtskonflikt mit dieser Methode bewältigen, dann ist er eben gerade *vermieden*, nicht aber *gelöst* worden⁶⁰.

55 K. Hesse 134.

56 K. Hesse 134 ff.; vgl. auch Schwacke 67.

57 Berg 30 ff.

58 Wehrhahn 273; Berg 49 ff. mit Hinweisen.

59 Siehe vorn 16.

60 Berg 73 ff.; Schneider 112.

Ein Beispiel für diese Art, einen Grundrechtskonflikt zu vermeiden, liefert BVerfGE 30, 292 ff.

Einige Firmen hatten das Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 9. September 1965, welches eine Bevorratungspflicht für Mineralölprodukte einführte, wegen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG (Freiheit der Berufswahl und -ausübung), Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgarantie), Art. 2 Abs. 1 GG (speziell in der Funktion einer Unternehmensfreiheit) und Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgrundsatz) angefochten. Im Ergebnis entschied das Bundesverfassungsgericht, das fragliche Gesetz sei mit Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, soweit es keine Möglichkeit vorsehe, bei Unternehmen, deren Vorratspflicht ausschliesslich auf der Einfuhr von Erdölerzeugnissen beruhe und die nicht unter dem beherrschenden Einfluss anderer vorratspflichtiger Unternehmen stünden, eine die Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigende Belastung angemessen zu berücksichtigen.

Zum ebenfalls angerufenen Art. 14 Abs. 1 GG stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dieses Grundrecht werde durch die neugeschaffene Bevorratungspflicht nicht berührt. Die bisher nicht entschiedene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Regelung der Berufsausübung auch die Eigentumsgarantie betreffe, sei grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt zu beurteilen, welche Freiheitsbereiche von beiden Grundrechten geschützt würden. Art. 12 Abs. 1 GG schütze im wesentlichen die Freiheit des Bürgers, eine Tätigkeit zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen, sei also persönlichkeitsbezogen und zukunftsgerichtet. Demgegenüber werde durch die Eigentumsgarantie der erworbene Bestand an vermögensrechtlichen Gütern zugesichert. Damit seien nur Rechtspositionen erfasst, die einem Rechtssubjekt bereits zustünden, namentlich würden keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten geschützt. Damit erfasse Art. 14 Abs. 1 GG das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 Abs. 1 GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst⁶¹. Daraus folgte das Bundesverfassungsgericht: "Greift somit ein Akt der öffentlichen Gewalt eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit ein, so ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG berührt; begrenzt er mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, so kommt der Schutz des Art. 14 GG in Betracht"⁶².

Im konkreten Fall waren nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes die Beschwerdeführerinnen durch das angefochtene Gesetz in ihrer Eigenschaft als Unternehmungen, nicht als Eigentümer solcher Unternehmungen berührt, da die auferlegte Pflicht zu einem bestimmten wirtschaftlichen Verhalten die gewerbliche Tätigkeit, nicht die Ausübung von Eigentümerbefugnissen betraf.

Art. 2 Abs. 1 GG war nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes im beurteilten Fall deshalb nicht verletzt, weil eine Berufung auf diese Bestimmung nur möglich gewesen wäre, soweit die Freiheit in dem betroffenen Lebensbereich unter dem

61 A.a.O. 334 f. unter Berufung auf Wittig 590.

62 A.a.O. 335.

gleichen Gesichtspunkt nicht bereits durch eine besondere Grundrechtsnorm geschützt gewesen wäre⁶³.

Im folgenden soll auf die wesentlichsten der vorgeschlagenen Lösungsvarianten von Grundrechtskonkurrenzen sowie auf gewisse verwandte Methoden bei Grundrechtskollisionen kurz eingetreten werden.

II Grundrechtskonkurrenzen

A) *Versuche, Grundrechtskonkurrenzen mittels der Vorrangstellung eines der beteiligten Grundrechte zu lösen*

1. Vorrang des stärker beschränkbareren Grundrechts

Der Grundsatz, wonach beim Zusammentreffen zweier unterschiedlich beschränkbarer Grundrechte die Schranken des stärker einschränkbareren anzuwenden sind, ergibt sich als praktische Konsequenz aus den "systematischen sachlichen Gewährleistungsschranken", wie sie KLEIN umschrieben hat⁶⁴.

Zum faktisch gleichen Ergebnis kommt RÜFNER⁶⁵, wenn er feststellt, die Grundrechte seien alle in die "allgemeine Rechtsordnung" eingebettet, zu welcher auch die Schranken anderer Grundrechte gehörten. Bei der Berufung auf mehrere Grundrechte seien in der verfassungsrechtlichen Beurteilung daher die Schranken aller beteiligten Grundrechte zu berücksichtigen. An anderer Stelle präzisiert derselbe Autor – im Zusammenhang mit "Grundrechtskollisionen" allerdings – dass die Einfügung der Grundrechte in die allgemeine Rechtsordnung für das Grundrecht erst beginne, wo es seine sachliche Grenze habe, weshalb durch die allgemeine Rechtsordnung dem Grundrecht gar nicht eine zusätzliche Schranke gesetzt werde⁶⁶.

Gegen den Vorrang des stärker beschränkbareren, damit "schwächeren" Grundrechts bei Grundrechtskonkurrenzen spricht die Überlegung, dass ein Beschwerdeführer, der sich auf mehrere Grundrechte beruft, weil gewisse sachliche Gründe für

63 A.a.O. 335 f.

64 Von Mangoldt/Klein, Vorbem. B XV 2b, S. 125 ff.; speziell geht es um sogenannte systematische sachliche Gewährleistungsschranken zweiten Grades, "bei denen sich die Einschränkung der einen Grundrechtsbestimmung nicht unmittelbar schon aus der Gewährleistung der anderen Grundrechtsbestimmung selbst, sondern erst daraus ergibt, dass die andere Grundrechtsbestimmung ihrerseits einen Vorbehalt zugunsten allgemeiner oder besonderer und (oder) gesetzesegegründeter Verwaltungsmassnahmen und Gerichtsentscheidungen enthält, und dass der Gesetzgeber, die Verwaltung oder die Rechtsprechung dieser Grundrechtsbestimmung entsprechend dem Vorbehalt eingeschränkt hat" (a.a.O. 126 f.); dazu Berg 54 ff. mit weiteren Hinweisen; Lepa 162 f.; Rübner, Überschneidungen 53 f.; derselbe, Grundrechtskonflikte 478; Fischer 117 f.; Schwacke 80.

65 Rübner, Überschneidungen 54 ff.; Lepa 163.

66 Rübner, Grundrechtskonflikte 461 ff.

die Einschlägigkeit dieser angerufenen Grundrechte sprechen und er sich durch die gleichzeitige Anrufung der verschiedenen Grundrechte einen möglichst weitreichenden Grundrechtsschutz verspricht, nicht schlechter gestellt sein sollte als ein solcher, welcher in einem vergleichbaren Fall lediglich den Schutz eines einzelnen Grundrechts beansprucht⁶⁷.

Grundsätzlich abgelehnt wird schliesslich eine Konkurrenzlösungsmethode, bei welcher die Schranken der beteiligten Grundrechte quasi kumuliert werden sollen, auch von Autoren, welche den Grundrechtsnormierungen des Grundgesetzes sachliche Homogenität und Konformität, auch in bezug auf die Schrankenklauseln, absprechen⁶⁸. Eine solche Methode setze nämlich die Vorstellung voraus, dass alle Grundrechte auf "einer Ebene liegende kommensurable Grössen" seien, jedenfalls ein Mass an rechtstechnischer Perfektion und wechselseitiger Bezogenheit aufwiesen, welches im Bonner Grundgesetz nicht vorliege.

2. Vorrang des weniger beschränkbaren Grundrechts

Von den meisten Autoren, die in Deutschland eine allgemeingültige Lösungsformel zur Behandlung der Grundrechtskonkurrenzen unterstützen, wird dem weniger beschränkbaren Grundrecht, also dem "stärkeren", eine Vorrangstellung eingeräumt. LEPA begründet diesen Standpunkt damit, dass die Funktion der Grundrechte als subjektive Abwehrrechte für die Bürger gleichsam Anspruchsgrundlagen gegen den Staat in der Form von Unterlassungsansprüchen darstellten. Da der Bürger im Rechtsverfahren die für ihn stärksten Mittel geltend mache, müsse auch das stärkste Grundrecht durchgreifen⁶⁹. Dieser Meinung schliesst sich auch RÜFNER an⁷⁰, ebenso BERG, der allerdings noch speziell Konkurrenzen im "Aussenbereich" gegenüber solchen im "Kernbereich" von Grundrechten unterscheidet, da der "Kernbereich" in jedem Fall unangetastet bleiben müsse⁷¹.

Gegen den Vorrang des aufgrund des Verfassungstextes weniger beschränkbaren Grundrechts hat SCHWABE eingewendet, dass die formell zwar anzuerkennende Schrankendivergenz im konkreten Anwendungsfall nicht dazu taue, unterschiedliche "Grundrechtsstärken" bezüglich "der materiell ausgerichteten Abwehr" festzustellen⁷². Wörtlich hält er fest: "... der Grundrechtsschutz ist eben bei alleiniger Geltung eines 'schrankenlosen Grundrechts' weit schwächer als es den Anschein hat, umgekehrt ist im Einzelfall das "eingeschränkte Grundrecht" weit stärker als die

67 Lepa 164; Berg 80 f.

68 Knies 80, welcher vor allem die Frage untersucht, welche Schranken bei Konkurrenzen zwischen der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) und anderen Grundrechten anwendbar sind.

69 A.a.O. 164 f.

70 Grundrechtskonflikte 476 ff.

71 A.a.O. 134 ff.

72 Grundrechtsdogmatik 399, 420 mit verschiedenen Beispielen; ausführlich zum Begriff der Grundrechtsstärke: 304 ff.

nur potentiellen Einschränkungsbefugnisse vermuten lassen”⁷³. Diese Argumentation leuchtet ohne weiteres ein: Zum einen konnte bereits festgestellt werden, dass absolut uneinschränkbare Grundrechte nicht denkbar sind⁷⁴, zum andern heisst ein Schrankenvorbehalt in einer Grundrechtsbestimmung noch nicht, dass das entsprechende Grundrecht in jedem Fall im gesamten Rahmen seiner Einschränkungbarkeit wirklich eingeschränkt werden muss.

Eine weitere Schwäche der hier behandelten Lösungsthese, welche in gleicher Weise für die Formel “Vorrang des stärker beschränkbaren Grundrechts” gilt, besteht schliesslich darin, dass damit nur für diejenigen Konkurrenzsituationen etwas gewonnen wird, bei denen schrankendivergente Grundrechte konkurrieren. Es wurde zwar behauptet, dass sich bei “Schrankenkongruenz” keine besonderen Probleme ergäben⁷⁵. Immerhin wäre auch bei Fällen von Konkurrenzen schranken gleicher Grundrechte interessant zu wissen, welche Bedeutung der Anrufung des offensichtlich somit überflüssigen konkurrierenden Grundrechts noch zukommt⁷⁶.

3. “Spezialität” eines der beteiligten Grundrechte

Für gewisse beschränkte Konkurrenzsituationen wurde als Lösungsweg die Annahme der Spezialität eines der beteiligten Grundrechte vorgeschlagen. Das Bundesverfassungsgericht löste in diesem Sinne im Entscheid 28, 295 ff. einen Grundrechtskonflikt.

Ein Beschwerdeführer war der Ansicht, durch einen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in seinen aus Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit) und Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsäusserungsfreiheit) fliessenden Grundrechten verletzt worden zu sein. In diesem Entscheid war festgestellt worden, dass er durch Anwerben von neuen Mitgliedern für seine Gewerkschaft während der Dienstzeit in seiner Eigenschaft als Vorsitzender des Personalrates so grob gegen Bestimmungen des Personalvertretungsgesetzes vom 5. August 1955 verstossen hatte, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss aus dem Personalrat erfüllt waren.

Das Bundesverfassungsgericht stellte fest, dass Art. 9 Abs. 3 GG zwar den Koalitionen und ihren Mitgliedern unter anderem auch die Werbung von Mitgliedern grundrechtlich garantiere. Indessen betreffe dieser Schutz nur einen Kernbereich der Koalitionsbetätigung, namentlich könne diese durch gesetzliche Regelungen, die zum Schutze anderer Rechtsgüter von der Sache her geboten seien, beschränkt werden. Die vom Bundesverwaltungsgericht angewandte Auslegung des Personalvertretungsgesetzes, wonach es mit Rechten und Pflichten eines Personalratsvorsitzenden

73 Grundrechtsdogmatik 399 mit Hinweisen in Anm. 13/14, u.a. auf Lepa 165.

74 Siehe vorn 23.

75 Schwabe, Grundrechtsdogmatik 358, Anm. 7/8 mit Hinweisen auf Erbel 122 ff.; Berg 5, 9, 10, 99; W. Müller 62; Scholz 110; Blasiesing 7; Schneider 110.

76 Schwabe, Grundrechtsdogmatik 358.

unvereinbar sei, während der Dienstzeit unter den Mitarbeitern für seine Gewerkschaft zu werben, überschreite die Grenzen, die Art. 9 Abs. 3 GG der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ziehe, nicht. Mithin liege kein Verstoß gegen diese Grundrechtsbestimmung vor⁷⁷.

Zum angerufenen Art. 5 Abs. 3 GG führte das Bundesverfassungsgericht lediglich aus, eine Verletzung dieses Grundrechtes scheide schon deshalb aus, weil die Betätigung von Koalitionen und die ihrer Mitglieder durch Art. 9 Abs. 3 GG als *lex specialis* geschützt seien⁷⁸.

In der Literatur wird auch darauf hingewiesen, dass die Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 3 Abs. 2 GG) und die Diskriminierungsverbote von Art. 3 Abs. 3 GG Konkretisierungen des allgemeinen Gleichheitssatzes von Art. 3 Abs. 1 GG seien. Ferner sei die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) gegenüber der freien Entfaltung der Persönlichkeit speziell, selbst wenn letztere nicht als allgemeine Handlungsfreiheit verstanden werde⁷⁹.

Man könnte sich freilich fragen, wieweit das Bewältigen einer Grundrechtskonkurrenz in der Art, dass eine der beteiligten Normen die speziellere ist, noch eine *Lösung* und nicht auch eine *Vermeidung* des Konkurrenzproblems – im Sinne einer Tatbestandsabgrenzung – bedeutet. Die Beantwortung dieser Frage hängt allein von der Definition des Spezialitätsgrundsatzes ab⁸⁰. Schon hier scheiden sich nämlich die Geister. Ein Teil der Lehre umschreibt die Spezialität – analog der im Strafrecht geltenden Begriffsbestimmung – so, dass die spezielle Norm neben allen Tatbestandsmerkmalen der generellen noch weitere, spezifische enthält⁸¹. Bildlich gesprochen liegt Spezialität dann vor, wenn sich die beiden Regelungen wie ein Kreisausschnitt (*lex specialis*) zum ganzen Kreis (*lex generalis*) verhalten⁸². In dieser Terminologie entspricht die Spezialität der aus dem Strafrecht bekannten “unechten” oder Gesetzeskonkurrenz⁸³. Da einmal erkannte Spezialitätsverhältnisse nicht weiter problematisch sind⁸⁴, liesse sich der Standpunkt vertreten, von “echten” Grundrechtskonkurrenzen müsse nur da gesprochen werden, wo keine solche Spezialität vorliege.

77 A.a.O. 309 f.

78 Vgl. hierzu auch die Beispiele bei Bleckmann 278; ferner F. Müller, Positivität 52 f.

79 K. Hesse 128.

80 W. Müller 69 ff.

81 Bleckmann 277; Schwabe 25; vgl. auch BVerfGE 13, 290 (296 f.).

82 W. Müller 71; ähnlich Bleckmann 277.

83 Hierbei stellt sich allerdings ein weiteres begriffliches Problem: Da im Grundrechtsbereich feinsinnige Abgrenzungen in begrifflicher Konsequenz, wie sie im Strafrecht vorgefunden werden, fehlen, lässt sich kaum eine Unterscheidung in Spezialität, Subsidiarität, Alternativität und Konsumtion vornehmen. Schwabe, Grundrechtsdogmatik 332, hat aus diesem Grund vorgeschlagen, nur den Begriff der Spezialität für alle der Gesetzeskonkurrenz entsprechenden Fälle zu verwenden. Im weiteren Verlauf dieser Untersuchung wird sich zeigen, dass auch der Begriff “Subsidiarität” bei Beziehungen unter Grundrechten eine wichtige Rolle spielt, vgl. hinten 56 f., 85 f.

84 Das zeigt schon die knappe Formulierung einschlägiger Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts, siehe BVerfGE 28, 243 (264); 28, 195 (310); 47, 327 (368).

SCHWABE, welcher sich eingehend dem Problem "Spezialität" widmet, hat zwischen Spezialität im Tatbestandsbereich und solcher im Rechtsfolgenbereich unterschieden und damit den Begriff wesentlich ausgedehnt.

Wörtlich hält er fest: "Spezialität, mit Gesetzeskonkurrenz identisch, meint dann [im Staatsrecht] den Vorrang einer Norm für die Rechtsfolgenbestimmung. Es ist unvermeidlich, von dieser Spezialität im weiteren Sinne die andere, auf den Tatbestand bezogene Spezialität im engeren Sinne zu unterscheiden. Das kann zur Verwirrung führen, ist aber ein Tribut an die vorherrschende Terminologie"⁸⁵.

In der vorliegenden Untersuchung soll der enger gefasste Begriff der Spezialität verwendet werden. Es zeigt sich aber, dass in Deutschland auch hinsichtlich der durch Spezialität zu bewältigenden Grundrechtskonkurrenzen in der Literatur keine einheitliche Linie vorherrscht. Eine endgültige begriffliche Klärung kann hier nicht erfolgen. Es scheint, als könnte das Abstellen auf einen engen Spezialitätsbegriff als Tatbestandsabgrenzung im Sinne der von BERG geforderten "einwandfreien Einzelauslegung" verstanden werden, womit eine Grundrechtskonkurrenz vermieden worden wäre⁸⁶. Im übrigen hat sich in der Praxis gezeigt, dass in besonderer Weise das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechtsbestimmungen im Sinne des Verhältnisses von *lex specialis* und *lex generalis* behandelt worden ist⁸⁷. Auf das Verhältnis von Art. 2 Abs. 1 GG zu den übrigen Grundrechten wird daher noch eingehend zurückzukommen sein⁸⁸.

B) Lösungsvorschläge für Grundrechtskonkurrenzen, welche nicht einem der beteiligten Grundrechte eine Vorrangstellung einräumen

Als federführend für die Ansicht, "grundrechtliche Spannungslagen" – gemeint sind Fälle, die in der herkömmlichen deutschen Terminologie als Grundrechtskonkurrenzen und -kollisionen bezeichnet werden, dazu aber auch noch andere⁸⁹ – könnten nicht auf allgemein gültige Art und Weise bewältigt werden, ist in jüngster Zeit SCHWACKE in Erscheinung getreten. "Zur Lösung grundrechtlicher Spannungslagen sind die gegenläufigen Einzelanweisungen der Grundrechte im Hinblick auf die mit dem Einzelsachverhalt verbundene Konkretisierung des Gemeinwohls zu koordinieren"⁹⁰. SCHWACKE fordert also mit anderen Worten nicht mehr die Bestimmung einer Vorrangstellung eines der betroffenen Grundrechte, sondern es sol-

85 A.a.O. 332 ff.; a.A. etwa F. Müller, Einheit 207.

86 Berg 50, 78, 96 mit Hinweisen; Schneider 109; F. Müller, Positivität 51.

87 Erbel 119; F. Müller, Normbereiche 13; Bachof 167; Schneider 112, Anm. 554; Bleckmann 277; Scholz 112 ff.; BVerfGE 13, 290 (296); 318 (325); 9, 73 (77); 28, 243 (264); 32, 98 (107); 34, 81 (98).

88 Siehe hinten 69 ff.

89 Schwacke 11 f.

90 A.a.O. 87; vgl. auch Häberle, Wesensgehaltgarantie 6 f.

len in einem abwägenden und vermittelnden Verfahren in "praktischer Konkordanz"⁹¹ die beteiligten Grundrechte berücksichtigt werden. "Das Verhältnismäßigkeitsprinzip gibt die methodische Leitlinie zur Auflösung grundrechtlicher Spannungslagen, die immer nur eine Auflösung im Einzelfall sein kann und damit allgemeingültige Lösungen verbietet"⁹².

Von der Tendenz, eine aufgrund der unterschiedlich "stark" ausgestalteten Grundrechtsschranken zu konstruierende grundsätzliche Vorrangstellung des "stärkeren" Grundrechts zum Ansatzpunkt für eine entsprechende allgemein gültige Lösungsmethode zu erklären, distanziert sich offensichtlich auch ein Teil der deutschen Lehre, welcher sich speziell mit den grundrechtlichen Aspekten von Demonstrationen auf öffentlichem Grund und Boden auseinandersetzt. Unbestritten ist zunächst, dass eine Demonstration auf öffentlichem Grund sowohl eine Ausübung der Versammlungsfreiheit (Art. 8 Abs. 1 und 2 GG) als auch der Meinungsäußerungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 und 2 GG) darstellt⁹³. Gleichzeitig steht fest, dass die jeweiligen Vorbehaltsschranken im Grundgesetz unterschiedlich formuliert sind, wenn deswegen auch noch nicht gleich ein gradueller, qualitativer Unterschied hinter diesen Formulierungen stecken muss⁹⁴. Gegen eine allfällige "Spezialität" der einen oder andern Grundrechtsbestimmung im Falle einer Demonstration spricht die korrekt angewandte Umschreibung dieses – hier im engeren Sinn verstandenen – Verhältnisses: Die speziellere Regelung müsste sämtliche Merkmale der allgemeinen und darüberhinaus zusätzliche weitere, spezifizierende aufweisen, was nicht zutrifft. Sowohl Versammlungs- als auch Meinungsäußerungsfreiheit haben einen eigenständigen Schutzbereich. So ist die Versammlungsfreiheit durchaus nicht an die gleichzeitige Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit gebunden und umgekehrt.

Als konkreter Lösungsvorschlag für die Frage des grundrechtlichen Schutzes einer Demonstration empfiehlt W. MÜLLER eine Art. "Tatbestandsabgrenzung"⁹⁵, bei welcher die verschiedenen Aspekte des Lebenssachverhaltes (hier also der Demonstration) dem passenden Schutzbereich zugeordnet werden. So erscheint es plausibel, zum Beispiel für den Inhalt einer anlässlich einer Demonstration geäußerten Meinung eher die Meinungsäußerungsfreiheit beizuziehen, während die übrigen

91 K. Hesse 28 f.

92 Schwacke 88 mit Hinweisen auf von Pestalozza 449 und Eberhard Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, 683. Besonders weist Schwacke darauf hin, dass der Begriff "praktische Konkordanz" hier durchaus angebracht sei; entsprechende Widersprüche seien oft nur scheinbar und beruhten auf "Unsicherheiten im Terminologischen".

93 Ossenbühl, Spontandemonstration 60.

94 Ausführl. zur Schrankendivergenz zwischen Art. 5 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 GG: W. Müller 119 ff.; Berg hält die entsprechenden Schrankenformulierungen für gleichwertig, a.a.O. 9, 104; kritisch W. Müller 121.

95 In eindeutig anderer Verwendung dieses Begriffs, der schon für die Qualifizierung von Grundrechtskonkurrenzen bedeutsam war, vgl. vorn 45, 50. W. Müller 74 ff. will für jene Bedeutung den Ausdruck "Tatbestandsausschluss" verwenden.

Aspekte wohl der Versammlungsfreiheit zugeordnet werden können⁹⁶. Damit folgt W. MÜLLER einem von BACHOF⁹⁷ vorgezeichneten Lösungsweg, lässt aber zu Recht die Frage offen, inwiefern das Mittel dieser "Tatbestandsabgrenzung" geeignet ist, für andere Konstellationen als gerade diejenige der Demonstration herangezogen zu werden. Dass Sachverhalte zu beurteilen sein können, welche verschiedenen Grundrechtsbereichen unterstehen, ohne dass es möglich wäre, sie in der hier beschriebenen Form eindeutig teils dem einen, teils dem andern Grundrecht zuzuordnen, hat auch LEPA hervorgehoben⁹⁸. Dies spricht aber ebenso sehr dafür, dass Grundrechtskonkurrenzen *einzelfallbezogen*, und nicht mittels abstrakter Vorrangverhältnisse zu lösen sind.

III Grundrechtskollisionen

A) Generelle Lösungsformel

Ein aufgrund der qualitativ unterschiedlichen Grundrechtsschranken festzustellender Grundrechtsrang dient als Ausgangspunkt für eine abstrakte Lösungsthese. BLAESING⁹⁹ will im Falle der Grundrechtskollisionen, gestützt auf diese Rangordnung, dem "stärkeren" Grundrecht eine Vorrangstellung einräumen¹⁰⁰.

Wieweit die Berufung auf eine solche Rangordnung weiterhilft, wird an anderer Stelle noch zu erörtern sein¹⁰¹. Unrichtig wäre es jedenfalls, den Vorrang des weniger beschränkbareren Grundrechts im Falle der Grundrechtskollision mit der Maxime "in dubio pro libertate" begründen zu wollen, weil die Freiheit des einen notgedrungen durch die Freiheit des andern begrenzt und damit in gewissem Rahmen Unfreiheit geschaffen wird¹⁰².

96 Ebenso Forsthoff, "Die Welt" vom 4. Dezember 1968, 17: "Die Demonstration ist eine besondere Form der Meinungsbekundung, die in dem, was sie als Meinung bekundet, die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG genießt, in den Formen aber, in denen sie diese Meinung kundgibt, gemäss Art. 8 Abs. 2 GG an das Gesetz gebunden ist", zitiert bei W. Müller 73, Anm. 81; ähnlich hierzu auch Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 37 zu Art. 5.

97 A.a.O. 169 f.

98 A.a.O. 164.

99 A.a.O. 143 ff.

100 Zu Unrecht unter Berufung auf Lepa 161, 167, welcher die entsprechenden Äusserungen im Zusammenhang mit Grundrechtskonkurrenzen angebracht hat.

101 Siehe hinten 97 ff.

102 Bethge 257 f. mit Hinweisen in Anm. 7; Fischer 179; grundlegend Peter Schneider, In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band II, Karlsruhe 1960, 263 ff.

B) Einzelfallorientierte Lösung

Besteht bezüglich der Lösung von Grundrechtskonkurrenzen in der deutschen Lehre noch eine stärkere Tendenz, nach schematischen, abstrakten und allgemeingültigen Methoden vorzugehen, ist dagegen für die Grundrechtskollisionen ein Trend zu fall-spezifischem Vorgehen unverkennbar.

Gegen eine abstrakte Lösungsformel spricht die Erkenntnis, dass die Grundrechts-schranken ohne erkennbare systematische Grundlagen eher zufällige Formulierungen darstellen. Dazu kommt, dass bei Grundrechtskollisionen des einen Freiheit sich zwangsläufig als des andern Unfreiheit auswirken muss, während bei Grundrechtskonkurrenzen immerhin noch die Sicherung einer grösstmöglichen Freiheitssphäre für den einzelnen Betroffenen ein verständliches Anliegen darstellt. Gerade an diesem letzteren, der liberalen Tradition verpflichteten Motiv ist denn auch der Unterschied zwischen Konkurrenzen und Kollisionen deutlich sichtbar. Zur Verwirklichung optimaler Freiheitsgewährleistung lässt sich bei Grundrechtskollisionen ein abstraktes Vorgehen wohl kaum mehr verantworten, sondern es ist jeweils der Freiheitsbereich jeder der beteiligten Parteien sorgfältig abzustecken, damit er best-mögliche Entfaltung erfährt¹⁰³.

In diesem Sinn fordert OSSENBÜHL, es müsse ein Weg gefunden werden, welcher die Interessengegensätze unter Beachtung aller in Kollision stehender Grundrechte auf "ein kompossibles Maximum an Interessenbefriedigung"¹⁰⁴ hin ausgleiche. Das schliesse nicht aus, methodisch dieser Einzelfallanwendung eine "abstrahierende und generalisierende Fallgruppenbildung vorzuschalten, die in topisch-dialektischer Manier bestimmte Konfliktsituationen losgelöst vom konkreten Einzelfall abzuklären sucht ...".

BETHGE ergänzt, dass eben stets nur um individuelle Freiheitspositionen aus Anlass eines konkreten Einzelfalles gerungen werde, wobei im Falle des Obsiegens ein dominierender "kasuistischer Kassationseffekt" zugunsten eines Grundrechtsträgers ausgelöst werde¹⁰⁵. "Bei dieser Optik kann nicht nur nichts gegen die Abwägung im Einzelfall eingewendet werden; sie darf im Gegenteil nicht in Frage gestellt werden"¹⁰⁶. Durch eine Zunahme einschlägiger Entscheidungen ergäben sich – so BETHGE – Vergleichsmöglichkeiten, welche die verbleibenden Urteilsspielräume einengten.

"Da aber jedesmal die Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles gefordert wird, die sich niemals in allem gleichen, darf nicht erwartet werden, dass sich mit der Zeit feste Regeln herausbilden würden, die eine einfache Subsumtion

103 Lepa 167.

104 Spontandemonstration 79 f. mit Hinweis auf Krüger, Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken, NJW 1955 201 ff., 203, ferner weitere Hinweise 80, Anm. 115 und 116; Bethge 273 bei Anm. 74.

105 A.a.O. 276 ff.

106 A.a.O. 276 mit Hinweis auf BVerfGE 28, 243 (261); 30, 173 (195) und 35, 202 (225); Bethge betont auch, dass die Forderung nach Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit zurückzutreten habe.

des einzelnen Falles ermöglichen. Die Fallvergleichen ermöglicht Analogien und vielleicht eine gewisse Typisierung der Fälle; die 'Abwägung' der Güter wird dadurch erleichtert, aber nicht entbehrlich gemacht"¹⁰⁷.

Mit Recht wird darauf hingewiesen, dass durch solche einzelfallspezifische Abwägung keiner "prinzipienlosen Billigkeitsrechtsprechung" alle Pforten geöffnet werden¹⁰⁸. Stossender wäre es jedenfalls, wenn konkrete Fälle undifferenziert nach irgendwelchen – vermeintlich allgemeingültigen – abstrakten Wertranggrundsätzen entschieden würden.

Als grundlegende Rechtfertigung für eine einzelfallorientierte Bewältigung von Grundrechtskollisionen lässt sich schliesslich auch der Grundsatz der "Einheit der Verfassung" und, damit zusammenhängend, das Prinzip "praktischer Konkordanz" heranziehen¹⁰⁹. Diese Grundsätze gehören zu den leitenden Prinzipien der Verfassungsauslegung. Die Bewältigung von Grundrechtskonflikten stellt aber letztlich nichts anderes als ein Problem der Verfassungsauslegung dar¹¹⁰. Auf der Ebene dieser Überlegungen beruht schliesslich auch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, das es seit jeher vermieden hat, Grundrechtskollisionen nach einem abstrakten Lösungsmuster zu entscheiden¹¹¹.

Dies sei kurz am Beispiel des Bundesverfassungsgerichtsentscheides 12, 1 ff. verdeutlicht: Einem Strafgefangenen wurde durch Beschluss des Bundesgerichtshofes ein Gesuch um bedingte Entlassung aus der Strafhafte abgelehnt, weil er während der Haftzeit Propaganda für den Kirchenaustritt betrieben und in einzelnen Fällen Mitgefangenen für einen solchen Austritt gar Tabak versprochen hatte. Gegen diesen Beschluss richtete sich die Verfassungsbeschwerde des Inhaftierten; er machte eine Verletzung der Art. 3, 4 und 5 GG geltend. Bei der Prüfung der Frage, ob die Glaubensfreiheit (Art. 4 GG) verletzt sei, stellte das Bundesverfassungsgericht fest, es könne dahingestellt bleiben, ob die Glaubensfreiheit im Sinne des Sich-Äusserns, der Werbung und Propaganda usw. einen Unterfall der freien Meinungsäusserung darstelle. Es könne sich auf die Glaubensfreiheit nämlich nicht berufen, wer die Schranken übertrete, welche die allgemeine Wertordnung des Grundgesetzes errichtet habe. Im vorliegenden Falle müsse die Berufung des Beschwerdeführers auf dieses Grundrecht daher versagen, da sein Verhalten unter diesem Aspekt keinen Grundrechtsschutz verdiene. Die getroffene Entscheidung verletze weder Art. 4 noch Art. 5 GG. Weshalb auch noch Art. 3 GG verletzt sein sollte, sei im übrigen nicht ersichtlich.

107 A.a.O 318 f. mit Hinweis auf Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin 1975, 410; Zum Lösungsprinzip der sogenannten "Güterabwägung" bei Grundrechtskollisionen vgl. Schneider 121 ff.

108 Rübner, Grundrechtskonflikte 465.

109 K. Hesse 28 f.

110 Rübner, Grundrechtskonflikte 454.

111 Lepa 165 mit Hinweisen auf BVerfGE 2, 1 (72); 12, 1 (4); 14, 263 (281 f.); 30, 173 (Mephisto-Beschluss; von Interesse namentlich die abweichende Meinung der Richterin Rupp-von Brünneck, 223 ff.); Schneider 121 ff.

Bei diesen Erwägungen fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht keine grundlegenden theoretischen Überlegungen zum Fragenkreis der Grundrechtsbeziehungen anstellte, sondern pragmatisch für den konkreten Einzelfall die sachgerechte Lösung erarbeitete.

3. Kapitel

Grundrechtskonflikte im schweizerischen Verfassungsrecht

§ 6 Begriffliches

I Allgemeines

Auch in der Schweiz sind Fälle denkbar, in denen ein Sachverhalt von den Schutzbereichen mehrerer Grundrechte erfasst werden könnte. Dennoch hat sich hierzulande die Lehre und Rechtsprechung nur sporadisch mit dem Problem der Grundrechtskonflikte befasst¹. Es kann daher nicht erstaunen, dass sich weder eine gefestigte und einheitliche Terminologie bezüglich der Problemumschreibung noch eine klare Linie hinsichtlich allfälliger Lösungswege entwickelt hat². In einem sehr weiten Sinn umschreibt VENANZONI den Begriff der Grundrechtskonkurrenzen: Es sollen darunter alle jene Fälle verstanden werden, "bei deren verfassungsrechtlichen Beurteilung vorerst mehr als nur ein einziges Grundrecht massgebend zu sein scheint"³. In dieser Begriffsbestimmung sind insbesondere auch die in Deutschland als Grundrechtskollisionen bezeichneten Konstellationen mitenthalten. Ähnlich weit versteht GYGI den Konkurrenzbegriff aus verfahrensrechtlicher Sicht: Grundrechtskonkurrenz liegt dann vor, wenn bei einer staatsrechtlichen Beschwerde gleichzeitig vom Beschwerdeführer die Verletzung mehrerer Grundrechte geltend gemacht wird oder wenn bezüglich des Sachverhaltes mehrere Grundrechte in Betracht fallen⁴. In Anlehnung an die deutsche Lehre geht FISCHER⁵ von einem engeren Konkurrenzbegriff aus. Es soll erst dann eine Grundrechtskonkurrenz vorliegen, wenn ein Verhalten eines Grundrechtsträgers die Tatbestände mehrerer Freiheitsrechte erfülle, "ohne dass ein klares tatbestandliches Überwiegen *eines* Grundrechts erkennbar" sei. "Ob Grundrechtskonkurrenz gegeben ist, oder ob nicht doch die 'Sachnähe' einen Sachverhalt eindeutig einem bestimmten Grundrecht zuordnen lässt, ist – einmal mehr – jeweils das Resultat richterlicher Wertung"⁶. Dieser Gedanke ist auch Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung durch HUBER, welcher von einem Konkurrenzverhältnis unter Grundrechten erst dann sprechen will, wenn zunächst eine genauere Analyse der Normbereiche aller in Betracht fallenden Grundrechte erfolgt ist.

1 Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen; derselbe, Konkurrenz; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 61 ff.; Fischer 166 ff.; Morand, Tendances 28 ff.; Huber, Schutz der Werbung 298 f.

2 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 61.

3 Konkurrenz 268 f., Anm. 6; derselbe, Grundrechtskonkurrenzen 2.

4 A.a.O. 61, 75; Gygi verwendet im übrigen auch den Begriff "Grundrechtskollisionen" im gleichen Sinn, also nicht in der in Deutschland entwickelten spezifischen Bedeutung; vgl. auch Neupert 104.

5 A.a.O. 167, mit Zitat aus Berg 5.

6 A.a.O. 167 mit Hinweis auf Walter Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, Berlin 1967, 96.

II Unterscheidung zwischen “echten” und “unechten” Grundrechtskonkurrenzen

In Analogie zum Strafrecht wurde auch in der Schweiz von MORAND der Versuch unternommen, echte und unechte Idealkonkurrenz im Bereich der Grundrechte zu differenzieren⁷. Als unechte Konkurrenzen (“concoures imparfait”) stellen sich dabei Fälle dar, bei denen eine menschliche Tätigkeit nach der Anwendung des Grundsatzes der *lex specialis* vollständig von einem besonderen Grundrecht erfasst wird, so dass eine gleichzeitige Anwendung des “generellen” Grundrechts sich als unnötig erweist⁸. Solcherart sei die Beziehung zwischen persönlicher Freiheit und Meinungsäusserungsfreiheit, ebenso zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und Pressefreiheit, was vom Bundesgericht noch im Entscheid 96 I 586 ff. verkannt worden sei⁹. Unechte Konkurrenz gilt nach MORAND auch zwischen Meinungsäusserungsfreiheit und Glaubens- und Gewissensfreiheit, weil letztere bezüglich religiöser Äusserungen immer spezieller sei.

Echte Konkurrenz sei dagegen anzunehmen, wenn ein menschliches Verhalten von zwei oder mehreren Grundrechten derart erfasst wird, dass es nicht restlos unter dem Schutzbereich des einen oder andern Grundrechts beurteilt werden kann, wenn also eine Tätigkeit in verschiedenen Richtungen grundrechtlich geschützt wird. Als Beispiel nennt MORAND ein Zusammentreffen der Meinungsäusserungs- mit der Vereins- oder Versammlungsfreiheit oder ein solches von Handels- und Gewerbe-freiheit und Pressefreiheit¹⁰.

Diese Unterscheidung in “echte” und “unechte” Grundrechtskonkurrenzen, welche übrigens unerschwerlich auch schon Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichtes gefunden hat¹¹, schliesst inhaltlich an die bereits vorgefundenen unterschiedlichen Auffassungen über den Begriff der Grundrechtskonkurrenzen an. Entsprechend der von HUBER¹² postulierten Abgrenzung der Normbereiche als Voraussetzung für das Vorliegen von Grundrechtskonkurrenzen wären die unechten Konkurrenzen von MORAND – nach der Konkretisierung der Schutzbereiche – als nur scheinbare Überschneidungen ohne weitere Untersuchungen und jedenfalls ohne Auswirkungen bezüglich der Rechtsfolgen beseitigt. Allerdings ist der bei GYGI und VENANZONI verwendete Konkurrenz-begriff deutlich weiter gefasst, weil er einfach auf die geltend gemachten Grundrechte abstellt. Dadurch kann auch

7 Morand, *Tendances* 29 f.

8 Morand verzichtet darauf, auch Fälle sogenannter “Subsidiarität”, eventuell auch “Alternativität” oder “Konsumtion” zu den unechten Konkurrenzen zu zählen. Dass zum Beispiel “Subsidiarität” unter den Grundrechten eine Rolle spielen kann, wird noch zu zeigen sein, vgl. hinten 85 f. Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 68 ff. mit Hinweis auf Schultz, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Band I, Bern 1972 105 f.

9 Mittlerweile ist dies allerdings vom Bundesgericht ausdrücklich bestätigt worden, vgl. ZBl. 78 (1977) 358, Erw. 3a.

10 A.a.O. 30; Dies habe das Bundesgericht im Entscheid 87 I 117 scheinbar verkannt, ebenso in 98 Ia 63; vgl. dazu jetzt auch BGE 101 Ia 252 ff.

11 BGE 101 Ia 256, Erw. 3b.

12 Schutz der Werbung 299 f.

“Konkurrenz” vorliegen, wenn Grundrechte angerufen werden, die den Sachverhalt überhaupt nicht betreffen¹³.

Die Fälle der von MORAND angeführten “echten” Konkurrenzen scheinen sich anderseits mit der engeren Begriffsbestimmung von HUBER zu decken, geht es doch ausschliesslich um Sachverhalte, bei welchen verschiedene Grundrechte effektiv beansprucht werden können.

Allein, die Differenzierung von MORAND verhilft letztlich nicht zu absoluter begrifflicher Klarheit. Ausserdem lässt sich daraus für die Lösung von echten Konkurrenzverhältnissen nichts ableiten¹⁴. Auch das Bundesgericht hat denn auch bisher aus der geschilderten Klassifikation von Grundrechtskonkurrenzen keine Konsequenzen abgeleitet¹⁵.

Angesichts der herrschenden begrifflichen Unklarheiten und der Tatsache, dass das Bundesgericht bisher – soweit ersichtlich – nichts zu deren Klärung beigetragen hat, soll hier grundsätzlich zwischen einem weiteren und einem engeren Konkurrenzbegriff differenziert werden. Auf die Unterscheidung zwischen Kollision und Konkurrenz wird dabei verzichtet¹⁶. Grundrechtskonkurrenz im weiteren Sinn liegt vor, wenn ein Sachverhalt möglicherweise, zum Beispiel dadurch, dass ein Beschwerdeführer sich in einer staatsrechtlichen Beschwerde auf mehrere Grundrechte beruft, von mehreren Grundrechten erfasst wird, selbst wenn im Endeffekt nur höchstens ein einziges Grundrecht anwendbar ist. Grundrechtskonkurrenz im engeren Sinn liegt dagegen vor, wenn trotz genauer Bestimmung der Schutzbereiche der von vornherein möglicherweise betroffenen Grundrechte letztlich zwei oder mehrere von ihnen zur Anwendung gelangen könnten, weil sie den Sachverhalt ganz oder teilweise erfassen.

§ 7 Bedeutung des Problems der Grundrechtskonkurrenzen im schweizerischen Verfassungsrecht

I Formellrechtliche Gesichtspunkte

A) Staatsrechtliche Beschwerde

Art. 90 Abs. 1 lit. b OG legt fest, dass der Beschwerdeführer bei einer staatsrechtlichen Beschwerde in der Beschwerdeschrift darlegen muss, inwiefern der ange-

13 Vgl. vorn 37 bei Anm. 3 und 4.

14 Vgl. Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 68 ff.; ferner schon die im gleichen Zusammenhang geäusserten Stellungnahmen aus Deutschland, vgl. vorn 16 f.

15 Da im erwähnten BGE 101 Ia 252 ff. eben gerade keine Konkurrenz beurteilt werden musste, obwohl eine solche wahrscheinlich bestanden hätte, wenn sich die Beschwerdeführerin auch auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen hätte.

16 Venanzoni, Konkurrenz 268 f., Anm. 6; Huber, Schutz der Werbung 299 Anm. 10, trotz der im übrigen vorgenommenen Einengung des Konkurrenzbegriffs.

fochtene Hoheitsakt verfassungsmässige Rechte verletzt. Das Bundesgericht seinerseits beschränkt seine Prüfung grundsätzlich auf die im Verfahren ausdrücklich oder sinngemäss geltend gemachten Verfassungsverletzungen¹⁷. Fehlt es an einer hinreichend substantiierten Umschreibung der Beschwerdegründe, tritt das Bundesgericht auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht ein¹⁸.

Mit dieser Bestimmung wird in einem relativ beschränkten Mass erreicht, dass im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren keine völlig haltlosen Beschwerdegründe angerufen werden¹⁹. Für die Grundrechtskonkurrenzen bedeutet dies andererseits, dass ein Beschwerdeführer nur in geringem Ausmass einen Beitrag an die Bestimmung der einschlägigen Beschwerdegründe liefern muss. In jedem Zweifelsfall wird er vorsorglich zusätzliche Grundrechte als verletzt bezeichnen, um sicherzustellen, dass keine auch nur entfernt bestehende Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung ausser acht gelassen wird. Im übrigen prüft das Bundesgericht nicht im Sinne des Grundsatzes "iura novit curia" von Amtes wegen, ob eventuell neben dem angerufenen noch weitere verfassungsmässige Rechte verletzt sind²⁰.

Gemäss Art. 88 OG steht das Recht zur Beschwerdeführung den (natürlichen oder juristischen) Personen "bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich betreffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben"²¹. Damit kann nur ein Eingriff in rechtlich geschützte Interessen zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimieren. Dazu bedarf es zweier Voraussetzungen: Einmal muss hinter dem Interesse ein Rechtsanspruch stehen, dann muss das Interesse auf einem Gebiet liegen, welches vom als verletzt angerufenen Erlass betroffen wird²². Ein Beispiel bei MARTI mag dies verdeutlichen: Ein Wirt, der das Verbot einer Versammlung in seinem Lokal unter Berufung auf die Versammlungsfreiheit anfiicht, ist nur dann in rechtlich geschützten Interessen verletzt, wenn er als potentieller Teilnehmer der Versammlung Beschwerde erhebt. Geht es ihm lediglich darum, den betreffenden Anlass in seinem Gasthaus durchführen zu können, könnte seine Legitimation nur dann vorliegen, wenn er die Handels- und Gewerbefreiheit

17 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 62 f.; BGE 100 Ia 453, Erw. 6; 99 Ia 148; 345; Birchmeier 389 f.

18 Marti, Staatsrechtliche Beschwerde 31; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 63 mit Hinweisen in Anm. 7; BGE 101 Ia 196, 240; 100 Ia 453, Erw. 6; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 5 f. mit Anm. 24, wo auch von Ausnahmen die Rede ist; Vallender/David, N. 16 zu Art. 90 OG mit weiteren Hinweisen.

19 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 63.

20 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 62 mit Hinweisen in Anm. 5; Birchmeier 389 mit dem Hinweis, bei den unverzichtbaren und unverjähren Grundrechten mache das Bundesgericht deshalb eine Ausnahme, weil entsprechende Rügen später – im Anschluss an Massnahmen, welche eine Bestätigung oder Vollziehung der angefochtenen Verfügung darstellten – jederzeit wieder erhoben werden könnten. Vgl. auch BGE 100 Ia 453, Erw. 6.

21 Diese Legitimationsbestimmung ist verschiedentlich kritisiert worden, weil man annehmen könnte, die materielle Rechtsverletzung sei formelle Prozessvoraussetzung, mithin die Zulassung der Beschwerde abhängig von einer – materiell zu prüfenden – wirklich vorhandenen Verletzung. Marti, Staatsrechtliche Beschwerde 63; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 63 f.

22 Marti, Staatsrechtliche Beschwerde 65; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 64; BGE 95 I 115.

geltend macht. Dieses Beispiel zeigt zweierlei: erstens, dass das "Rechtsschutzinteresse" nur vom als verletzt angerufenen Rechtssatz her beurteilt werden kann²³, weshalb dieser ja gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG auch bezeichnet werden muss. Zweitens kann über die Legitimationsbestimmung eine im weiteren Sinn verstandene Grundrechtskonkurrenz, wie sie im erwähnten Beispiel gegeben ist, bereits dadurch gelöst, bzw. vermieden werden, dass eine Verfassungsbestimmung quasi als nicht "sachverhaltsbezügliche" ausgeschlossen werden kann. Eine mögliche Grundrechtskonkurrenz dergestalt über die formellrechtliche Frage der Legitimation "abzuwickeln" bezeichnet GYGI als "rechtsmethodisch ... widersprüchlich"²⁴.

B) Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde können beim Bundesgericht Verfügungen angefochten werden, die in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes ergangen sind²⁵. Dabei kann ein Beschwerdeführer gemäss Art. 104 lit. a OG die Verletzung von Bundesrecht geltend machen. Zum Bundesrecht gehört auch das gesamte Bundesverfassungsrecht, somit auch die geschriebenen und ungeschriebenen Grundrechte²⁶. Damit kann bei der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten die Verwaltungsgerichtsbeschwerde die Rolle der staatsrechtlichen Beschwerde übernehmen²⁷, und insbesondere könnten auch Fälle von Grundrechtskonkurrenzen zur Beurteilung gelangen²⁸.

Für die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde genügt nun gemäss Art. 103 lit. a OG, dass jemand durch die angefochtene Verfügung "berührt" ist und er ein "schutzwürdiges Interesse" an deren Aufhebung hat. Wenn auch die genaue Ausdeutung dieser Legitimationsbestimmung nicht unbestritten ist²⁹ scheint sie doch

23 Marti, Staatsrechtliche Beschwerde 65.

24 A.a.O. 64; ähnlich wohl die Feststellung bei Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 6, aber ohne klare Konsequenz in dieser Frage; noch sehr ausführliche Kritik bei Marti, Staatsrechtliche Beschwerde, 1. Aufl. 1967, 105 ff.

25 Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 VwVG.

26 Kottusch 31 ff., 85 ff.; Huber, Schutz der Grundrechte, 310 ff.; derselbe, Rechtsprechung 55; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 7; Saladin, Verwaltungsverfahrenrecht 189 f.; Mastronardi 124 f. Anm. 171; BGE 100 Ib 147, Erw. II/1; 96 I 89, Erw. 1.

27 Vallender/David N. 11 zu Art. 104 OG, BGE 102 Ib 67.

28 Huber, Schutz der Grundrechte 320, stellt denn auch fest, das Bundesgericht könne auch bei verwaltungsgerichtlichen Beschwerden Grundrechte voneinander abgrenzen und über ihre Anwendung oder Anpassung an neue Einrichtungen und Tätigkeiten entscheiden.

29 Saladin, Verwaltungsverfahrenrecht 183 ff., BGE 98 Ib 58, 454; 99 Ib 206 (Zit. auch bei Saladin 185): "Das Interesse des Beschwerdeführers ist im Sinne des Gesetzes schutzwürdig, wenn er durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in seiner rechtlichen oder tatsächlichen Stellung berührt ist. Erforderlich ist somit eine beachtenswerte, nahe Beziehung des Beschwerdeführers zur Streitsache. Der Beschwerdeführer muss demnach durch die angefochtene Verfügung in höherem Masse als irgend jemand oder die Allgemeinheit berührt sein." Vgl. auch BGE 99 Ib 107, 104 Ib 249 f.

weniger qualifiziert als ihr Pendant bei der staatsrechtlichen Beschwerde zu sein³⁰. Art. 108 Abs. 2 OG verlangt, dass in der Beschwerdeschrift zum Beschwerdebegehren lediglich eine "Begründung" enthalten sein müsse, also im Gegensatz zu Art. 90 Abs. 1 lit. b OG kein Hinweis auf die verletzten Rechte. Auch hier scheinen die Anforderungen gegenüber denen bei der staatsrechtlichen Beschwerde weniger qualifiziert, umso mehr, als das Bundesgericht in der Hinnahme "knapper, missverständlicher, unklarer, ergänzungsbedürftiger" Beschwerden eine grosse Toleranz übe³¹. Überdies ist nach Art. 108 Abs. 3 OG bei ungenügend begründeten Beschwerden, welche nicht offensichtlich unzulässig sind, die Einräumung einer Nachfrist zur Behebung des Mangels vorgesehen.

Aufgrund der unterschiedlich ausgestalteten Legitimationsvoraussetzungen und Anforderungen an die Beschwerdebegründung wäre es theoretisch möglich, dass in weitem Sinne verstandene Grundrechtskonkurrenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anders als bei staatsrechtlicher Beschwerde behandelt werden könnten³². Praktisch ist dies jedoch – soweit ersichtlich – bisher nicht aktuell geworden.

II Schrankendivergenz bei den Grundrechten der Schweizerischen Bundesverfassung?

A) Allgemeines

Wie schon ausgeführt worden ist, erachtet die einschlägige deutsche Lehre Grundrechtskonkurrenzen dann als problematisch, wenn die möglicherweise anwendbaren Grundrechtsgarantien unterschiedlich formulierte Beschränkungsmöglichkeiten enthalten. Auch im Bereich des schweizerischen Verfassungsrechts dürfte die praktische Relevanz des Konkurrenzproblems darin liegen, wie weit angesichts der – je nach befolgtem Vorgehen zur Konkurrenzlösung – anwendbaren Grundrechte bzw. deren Schranken eine Tätigkeit grundrechtlichen Schutz genießt. Vorweg soll daher untersucht werden, ob auch im Rahmen des schweizerischen Verfassungsrechts das Problem der Schrankendivergenz besteht.

30 Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 7; in diesem Sinn auch Mastronardi 125 f., vgl. auch BGE 104 Ib 248 f.: "Im Gegensatz zu Art. 88 OG, der für die staatsrechtliche Beschwerde die Legitimation davon abhängig macht, dass der Beschwerdeführer eine Rechtsverletzung erlitten hat, setzt die Befugnis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eine Beeinträchtigung der subjektiven Rechtsstellung voraus ..." Ferner auch Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 110 ff.

31 Saladin, Verwaltungsverfahrenrecht 188 mit Hinweisen in Anm. 93; zum Grundsatz "iura novit curia" bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde: Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege 155 f.

32 Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 7.

B) Grundsätzliches zu den Schranken der Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht

Wie erwähnt, enthält die schweizerische Bundesverfassung keinen gesonderten, systematisch gegliederten und in sich geschlossenen Grundrechtskatalog. Entsprechend fehlt es im Verfassungstext auch an systematisch fassbaren, aufeinander in Formulierung oder Inhalt abgestimmten Grundrechtsschranken³³.

So ist beispielsweise die Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 31 Abs. 1 BV grundsätzlich gewährleistet, "soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt" ist. Art. 22ter Abs. 2 und 3 BV legt bezüglich der Eigentumsgarantie fest, dass Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse "Enteignung und Eigentumsbeschränkungen" vorsehen können, wobei volle Entschädigung zu leisten sei. Art. 56 BV gewährleistet die Vereinsfreiheit für Vereine, welche weder bezüglich Zweck noch hinsichtlich der verwendeten Mittel rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit erfährt in Art. 49 Abs. 2 bis 6 Präzisionen besonderer Art, die Kultusfreiheit von Art. 50 BV ist "innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung" gewährleistet. Und gemäss Art. 55 BV ist die Pressefreiheit – dies seit dem Inkrafttreten des Schweizerischen Strafgesetzbuches³⁴ – gar vorbehaltlos garantiert. Gar keine Hinweise auf mögliche Schranken finden sich natürlich bei den ungeschriebenen Freiheitsrechten.

Ähnlich wie die Bestimmung des Schutzbereichs der Grundrechte ist angesichts der geschilderten verfassungsrechtlichen Ausgangslage auch die Umschreibung der Grundrechtsschranken der Lehre und vor allem der Rechtsprechung vorbehalten geblieben. Die Bestimmung der Grundrechtsschranken hat sich daher gewissermassen "fallspezifisch" vollzogen: In konkreten Einzelfällen hat das Bundesgericht entschieden, wieweit die jeweils der Grundrechtsausübung entgegenstehenden Interessen eine Beschränkung der Grundrechte haben rechtfertigen können³⁵. In dieser Weise entwickelten sich für jedes Grundrecht verschiedene Schranken, welche – wie HUBER es nennt – mit dem Gehalt jedes Grundrechts zusammenhängen, "so wie sich in ihm das Bedürfnis des konkreten Ordnungsbereichs durchgesetzt hat"³⁶.

C) Immanente Grundrechtsschranken

Vereinzelt taucht auch in der schweizerischen Literatur der Begriff der "immanenten Grundrechtsschranken" auf³⁷. HUBER betrachtet den aus der deutschen Lehre

33 Saladin, Grundrechte im Wandel 335 ff.; derselbe, Funktion 556; Huber, Polizeigewalt 233 ff.; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 81 ff.; derselbe, Konkurrenz 278.

34 Vgl. dazu Aubert, Traité no 2070, S. 729; Huber, Polizeigewalt 233.

35 Fischer 185.

36 Gewerbefreiheit 174.

37 Huber, Die Grundrechte 205 f.; P. V. Saladin 155 ff.; vgl. auch Schlussbericht 93.

stammenden Begriff der "immanenten sachlichen Gewährleistungsschranken" auch für die Schweiz als ergiebig, da durch die in den Grundrechtsbestimmungen verwendeten — allerdings der Konkretisierung zugänglichen — Begriffe erste Grundrechtsschranken resultierten³⁸. Letztlich handelt es sich hier wohl um die grundsätzliche begriffliche Frage, wieweit schon die Kennzeichnung des Schutzobjektes einer Grundrechtsgarantie als "Schranke" des betreffenden Grundrechts aufgefasst werden kann.

Vorzuziehen ist wohl ein engerer Schrankenbegriff, welcher nur das Mass der Beschränkbarkeit eines Grundrechts beinhaltet. Dafür eignen sich Begriffe wie "Meinungsausserung" oder "Versammlung" kaum, wogegen die Konkretisierung dieser Begriffe im Einzelfall ergibt, ob das entsprechende Grundrecht überhaupt betroffen ist oder nicht³⁹. Ein engerer Schrankenbegriff setzt aber erst dort ein, wo feststeht, dass ein Grundrecht wirklich betroffen ist.

D) Materielle Schrankendivergenz im schweizerischen Verfassungsrecht?

Die einzelfallorientierte Umschreibung von Grundrechtsschranken durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Bildung einer einheitlichen Terminologie nicht gerade förderlich gewesen. Das bedeutet im Hinblick auf die Problematik der Grundrechtskonkurrenzen, dass die Schranken der an einem konkreten Fall beteiligten Grundrechte nur bedingt miteinander vergleichbar sein können. Es kann nicht aufgrund des blossen Wortlautes der jeweiligen Grundrechtsschranken ohne weiteres erkennbar sein, worin für einen Betroffenen unterschiedliche Folgen eintreten können, wenn auf seinen Fall die Schranken des einen oder andern beteiligten Grundrechts zur Anwendung kämen. Immerhin wird in der Lehre die Auffassung vertreten, dass die Grundrechte in der Schweiz nicht nur formal, sondern auch qualitativ unterschiedlichen Schranken unterliegen. So ist namentlich etwa das Erfordernis einer präventiven Bewilligung zur Ausübung einer Tätigkeit mit der Versammlungsfreiheit, der Handels- und Gewerbefreiheit, der Eigentumsgarantie und mit gewissen Bereichen der persönlichen Freiheit vereinbar, dagegen ist dies bei der Vereinigungsfreiheit und der Pressefreiheit nicht der Fall⁴⁰. AUBERT betont denn auch in einer

38 A.a.O. 205 f. mit Hinweis auf von Mangoldt/Klein, Vorbemerkung B XV 1b, S. 123 ff.

39 Erbel 116 wendet gegen den Begriff der "immanenten Schranken" ein, es würden damit unzulässigerweise begriffliche Schutzgegenstandsgrenzen in Freiheitschutzschranken umgedeutet. Vgl. auch Saladin, Grundrechte im Wandel 338 f.

40 Aubert, Les droits fondamentaux 26; derselbe, Traité no 1757, S. 632 f., no 2165, S. 756, wo es heisst: "La liberté de réunion est plus limitée que la liberté d'association, et celle-ci davantage que la liberté de la presse. L'Etat peut interdire un parti 'dangereux', alors qu'il doit tolérer des journaux subversifs. Il peut 'prévenir' une réunion désordonnée alors qu'il ne peut que réprimer les abus du droit d'association"; Huber, Probleme 338 f.; derselbe, Bedeutung der Grundrechte 151; derselbe, Polizeigewalt 233 ff.; Bridel 111; Haller 137 f. betont, das Bundesgericht habe "mit feinem Spürsinn erkannt, dass die *zulässigen Schranken von*

neueren Publikation, dass im Hinblick auf ein Zusammentreffen mehrerer Grundrechte wegen der unterschiedlich ausgestalteten Beschränkungsmöglichkeiten untersucht werden müsse, welches der beteiligten Grundrechte einschlägig sei⁴¹.

Im Entscheid 102 Ia 104 ff. befasste sich das Bundesgericht mit den Schrankenunterschieden zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentums-garantie. Verschiedene Beschwerdeführer hatten den Beschluss "über das Verfahren bei Schaffung neuer Verkaufsflächen" vom 13. März 1975, den der Landrat des Kantons Basel-Land erlassen hatte, unter anderem wegen Verletzung der Art. 22ter und Art. 31 BV angefochten. Das Bundesgericht stellte fest, dass der in Frage stehende Landratsbeschluss einerseits Grundeigentümer, andererseits aber auch Unter-nahmen des Détailhandels betreffe, welche daran interessiert seien oder sein könnten, von den Vorschriften erfasste Einkaufszentren zu betreiben. Dabei müssten solche Unternehmen nicht notgedrungen Eigentümer des von ihnen benötigten Areals sein. Die entsprechenden planungsrechtlichen Vorschriften seien daher auf ihre Verein-barkeit mit der Eigentums-garantie und mit der Handels- und Gewerbefreiheit zu überprüfen, wobei zusätzliche Schranken und Wertungsgesichtspunkte des zweiten einschlägigen Grundrechts (hier der Handels- und Gewerbefreiheit) speziell zu be-rücksichtigen seien.

In der Folge zeigte sich, dass die Erfordernisse der gesetzlichen Grundlage und des Verhältnismässigkeitsprinzips bei beiden Grundrechten "im konkreten Fall" gleichermassen Voraussetzungen für einen Eingriff bildeten. Dagegen erkannte das Bundesgericht unterschiedliche Schranken "inbezug auf die der angefochtenen Mass-nahme zugrunde liegende Zielsetzung. Während bei der Eigentums-garantie gemäss Art. 22ter Abs. 2 BV grundsätzlich jedes öffentliche Interesse einen Eingriff rechtfertigen könne, sofern sein Ziel nicht rein fiskalischer Natur sei oder gegen ander-weitige Verfassungsnormen verstosse, bilde nicht jedes irgendwie geartete öffent-liche Interesse ein zulässiges Motiv für einen Eingriff in die Handels- und Gewerbe-freiheit. Insbesondere seien Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung untersagt. Der angefochtene Landratsbeschluss genüge im vorliegenden Falle allerd-ings diesen besonderen Anforderungen und die Beschwerde konnte abgewiesen werden⁴².

Dieses Beispiel beweist, dass Schrankendivergenzen – wenn auch nicht so offen-kundig wie im Bonner Grundgesetz – auch in der Bundesverfassung existieren. Da-

Freiheitsrecht zu Freiheitsrecht variieren (trotz der bisweilen unscharfen Grenzen zwischen einzelnen Grundrechten), ohne aber diese Erkenntnis dogmatisch zu untermauern, etwa im Sinne einer Unterscheidung zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten ...".

- 41 Les droits fondamentaux, 26 f., ausdrücklich nur für jene Kategorie von Grundrechtskonkurrenzen, bei welcher die Lösung im Überwiegen eines der beteiligten Grundrechte besteht.
- 42 In diesem Sinne auch Saladin, Grundrechte im Wandel 328; Zimmermann 65 f.; Huber, Gewerbefreiheit 188 f., wo er mit Bezug auf die Eigentums-garantie feststellt: "Es [das Bundesgericht] untersucht nicht, ob das geltend gemachte öffentliche Interesse seiner Art und Intensität nach hinreichend und mit den Grundlagen der Verfassungsordnung positiv im Einklang steht, so wie es dies mittels des Polizeibegriffs untersucht, wenn eine Erwerbstätigkeit be-schränkt wird"; vgl. auch Aubert, Traité no 2204, S. 769 f.; Imboden/Rhinow I, Nr. 57 B.III, S. 334 f. zur Bedeutung des öffentlichen Interesses bei Grundrechtsbeschränkungen.

mit rechtfertigt sich auch für die Schweiz eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, nach welchen Gesichtspunkten eine Konkurrenz von Grundrechten zu beurteilen ist, weil für einen Beschwerdeführer je nach den angewandten Schranken gegebenenfalls unterschiedliche Rechtsfolgen eintreten könnten.

E) Die "öffentliche Ordnung" als grundlegende, allen Grundrechten gemeinsame Schranke?

Trotz dieser festgestellten Schrankendivergenzen im Grundrechtsbereich der schweizerischen Bundesverfassung könnte die Konkurrenzfrage dann zum Scheinproblem werden, wenn sich die in der Praxis angewandten Grundrechtsschranken aus einer generellen, allen oder einem Teil der Grundrechte gemeinsamen "Grund-Grundrechtsschranke" ableiten liessen. Als solche grundlegende Grundrechtsschranke könnte beispielsweise die "öffentliche Ordnung" angesehen werden, nachdem das Bundesgericht — noch bevor es der Demonstrationsfreiheit die Anerkennung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht versagte⁴³ — erklärte, die Frage der Anerkennung einer solchen Demonstrationsfreiheit könne deswegen offen bleiben, weil eine solche Freiheit, wie alle persönlichen Freiheitsrechte, unter dem allgemeinen Polizeivorbehalt stünde und nur in den durch die öffentliche Ordnung geforderten Schranken ausgeübt werden könne⁴⁴. Ein Teil der Lehre scheint denn auch aus solchen und ähnlichen Formulierungen zu schliessen, die "öffentliche Ordnung" bilde eine allen Grundrechten bzw. den entsprechenden Grundrechtsausübungen gemeinsame Schranke⁴⁵. Zweifellos spielt der Sammelbegriff "öffentliche Ordnung", welcher übrigens im Verfassungstext ausdrücklich nur bei der Kultusfreiheit (Art. 50 Abs. 1 BV) als Grundrechtsschranke erwähnt wird, bei der Prüfung, wieweit Grundrechtseingriffe zulässig sind, eine gewichtige Rolle, so dass er mit Recht als eine Art "fond commun" aller Grundrechtsbegrenzungen bezeichnet wird⁴⁶. Dies des-

43 BGE 100 Ia 392 ff.

44 BGE 96 I 219 ff., 224, Erw. 4; vgl. auch 92 I 31; 91 I 326; 61 I 110; Venanzoni, Konkurrenz 275 f. Noch deutlicher brachte das Bundesgericht dies in einem Entscheid vom 19. September 1962 zum Ausdruck: "Die Verfassung gewährleistet indessen die Vereins- und die Meinungsäusserungsfreiheit gleich den andern Freiheitsrechten nur unter dem Vorbehalt der Beschränkungen, die sich aus den Anforderungen der öffentlichen Ordnung im Sinne der öffentlichen Sicherheit, Ruhe, Sittlichkeit und Gesundheit ergeben", ZBl. 64 (1963) 365 mit Hinweisen auf BGE 87 I 286, 87 I 117; vgl. im übrigen hiezu grundlegend Saladin, Grundrechte im Wandel 343 ff.; Huber, Formenreichtum 177.

45 Fleiner/Giacometti 246; Bumbacher 23; Frey 8 f.; P.V. Saladin 157; Rhinow, Demonstrationsfreiheit 61, speziell zur Versammlungsfreiheit; derselbe, Grundrechtskatalog 284; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 97; vgl. auch Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 115 f.; Fischer 124, bei Anm. 56; Bridel 109 f. Im übrigen hat das Bundesgericht in konstanter Praxis diese Schranken auch im Bereich der in Art. 49 BV gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit angewendet, soweit es um die Äusserung von religiösen Ansichten ging: Huber, Polizeigewalt 234 mit Hinweis auf BGE 34 I 260, 50 I 375, 51 I 500, 54 I 102, 56 I 429, 57 I 116; ferner zur Meinungsäusserungsfreiheit BGE 101 Ia 148, 150 Erw. 2.

46 Aubert, Traité no 1758, S. 633.

halb, weil dieser Begriff die sogenannten polizeilichen Güter, nämlich öffentliche Ruhe, Sicherheit, Gesundheit, Sittlichkeit sowie öffentliche Ordnung im engeren Sinn umfasst⁴⁷, welche in manchen Fällen einer unbeschränkten Ausübung von Grundrechten entgegenstehen⁴⁸. Dennoch erlaubt diese Tatsache nicht die Schlussfolgerung, sämtliche Grundrechte stünden generell unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung⁴⁹ oder anders gesagt, der "Polizeivorbehalt" erlange bei allen Grundrechten eine gleichartige rechtliche Tragweite⁵⁰. Vielmehr erlangt die öffentliche Ordnung als Grundrechtsschranke bei den einzelnen Grundrechten eine unterschiedliche Bedeutung, wie denn auch überhaupt in pragmatischer Weise für jedes Grundrecht die entsprechenden Begrenzungen spezifisch festzustellen sind⁵¹. Zu diesem Ergebnis gelangt auch SALADIN aus einer restriktiven Anwendung des Polizeivorbehaltes, wobei er gleichzeitig eine "Differenzierung entsprechend der Persönlichkeitsnähe, welche dem angerufenen Grundrecht und den bedrohten 'Rechten anderer' zukommt", fordert⁵².

HUBER stellt auch fest, bei einzelnen Grundrechten könne die öffentliche Ordnung "sinngemäss" keine Rolle spielen, bei anderen dürfe sie es nicht, weil diese gerade einen Schutz gegen polizeiliche Gesichtspunkte böten⁵³.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff der "öffentlichen Ordnung" bei den Einschränkungen verschiedener Grundrechte vom Bundesgericht herangezogen wird. Dennoch geschieht dies nicht im Bestreben, den Grundrechten generell eine gemeinsame Grundrechtsschranke entgegenzustellen, vielmehr erlangt dieser Sammelbegriff polizeilicher Güter bei den verschiedenen Grundrechten einen unterschiedlichen Stellenwert. Aus diesem Grunde vermag die öffentliche Ordnung die vorgängig festgestellte Schrankendivergenz im Grundrechtsbereich der Bundesver-

47 Bosshart 166; Aubert, *Traité* no 1759, S. 633 mit Hinweisen.

48 Saladin, *Grundrechte im Wandel* 344; Rhinow, *Grundrechtskatalog* 234.

49 Venanzoni, *Konkurrenz* 280; Huber, *Polizeigewalt* 233 ff.; derselbe, *Die Grundrechte* 207, mit dem Hinweis, die Rechtsprechung und der betreffende Teil der Lehre verwechsle schon zumeist "öffentliche" und "verfassungsmässige" Ordnung. Zu diesen Begriffen auch Bosshart 166; Saladin, *Grundrechte im Wandel* 342; J.P. Müller, *Persönlichkeitsschutz* 100 f.

50 Saladin, *Grundrechte im Wandel* 349. Aubert, *Traité* no 1762, S. 634, stellt fest: "... il serait illusoire d'en conclure que ce caractère 'commun' recouvre une parfaite identité"; über den begrifflichen Zusammenhang "öffentlicher Ordnung" und "Polizei": Saladin, *Grundrechte im Wandel* 349, Anm. 26.

51 Aubert, *Traité* no 1762, S. 634: "L'ordre public exige plus ou moins, selon la liberté qu'il s'agit de borner"; Rhinow, *Grundrechtskatalog* 234.

52 *Grundrechte im Wandel* 349. Rhinow, *Grundrechtskatalog* 234, wendet gegen die Meinung, die Ausübung aller Grundrechte sei nur im Rahmen der öffentlichen Ordnung gewährleistet, ein, dass damit im Effekt nicht die Tragweite der grundrechtlichen Schutzbereiche bestimmt werde, sondern dass diesen auf dem Umweg der allgemeinen Schranke der freiheitsrechtliche Gehalt entzogen werde.

53 *Die Grundrechte* 207; vgl. auch Schlussbericht 94: "Mehrere Freiheiten berühren ihrem Wesen nach gar nicht die öffentliche Ordnung und die Gefahrenabwehr zu ihrem Schutz; ... Bei wenigen Freiheitsrechten der geltenden Verfassung ist gesagt, welche Gestalt der Gedanken der öffentlichen Ordnung einzig annehmen kann, um die Freiheit zu beschränken, z.B. bei der Vereinsfreiheit und bei der Niederlassungsfreiheit. Vor allen Dingen gibt es keine vorgegebene öffentliche Ordnung, sondern der Begriff ist geschichtlich wandelbar ..."

fassung nicht zu beseitigen. Namentlich aber entbindet dieser grundlegende Vorbehalt das Bundesgericht nicht davon, in jedem Einzelfall den zu beurteilenden Sachverhalt unmissverständlich einem oder mehreren Grundrechten "sachgerecht" zuzuordnen⁵⁴.

III Die Grundrechtsschranken im Verfassungsentwurf 1977

Auch im Entwurf zu einer neuen Bundesverfassung, in welchem die Grundrechte in einem kompakten übersichtlichen Grundrechtskatalog eingebettet sind⁵⁵, lässt sich formell eine Schrankendivergenz feststellen.

Einzelne Grundrechte enthalten keinen Hinweis auf ihre Beschränkbarkeit (Glaubens- und Gewissensfreiheit, Art. 11; Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 12; Wissenschafts- und Kunstfreiheit, Art. 14; Berufswahlfreiheit, Art. 18), wogegen Art. 13 Abs. 2 bestimmt, Versammlungen und Demonstrationen auf öffentlichem Grund dürften verboten oder eingeschränkt werden, wenn eine ernste oder unmittelbare Gefahr für die öffentliche Ordnung bestehe. Die Eigentumsgarantie (Art. 17) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 19) sind nur "im Rahmen der Gesetzgebung" gewährleistet.

Nun war sich auch die Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung darüber im klaren, dass uneinschränkbare Grundrechte nicht garantiert werden können. Es erschien ihr aber offenbar "unerwünscht"⁵⁶, zu jedem Grundrecht einzeln die entsprechenden Schranken zu formulieren, weil es sich als undurchführbar erwies, diese Schranken in "programmatische Kurzformeln"⁵⁷ zu fassen, eine ausführlichere Schrankenumschreibung andererseits aber den Eindruck hätte entstehen lassen können, die Ausübung des Grundrechts bilde die Ausnahme, die Schranke dagegen die Regel⁵⁸. Während die im Schlussbericht zum Ausdruck gebrachte Tendenz allerdings dahin zielte, von allgemeinen Schrankenbestimmungen für alle Grundrechte oder gewisse Grundrechtsgruppen abzusehen und die jeweiligen Grundrechtsschranken individuell zu nennen oder sie durch Verfassungsinterpretation in Anbetracht der Grundrechts-Sinngehalte zu gewinnen⁵⁹, enthält nun Art. 23 des Verfassungsentwurfes 1977 gleichwohl eine allgemeine Schrankenbestimmung, welche für alle Grundrechte gelten soll⁶⁰. Diese Bestimmung stellt allerdings keinen generellen Vorbehalt für die Grundrechtsausübung dar, sondern legt einige Kriterien für die Bestimmung von Grundrechtsschranken fest. Letztlich beinhaltet diese Bestimmung nichts anderes als die Wiederholung anerkannter

54 Venanzoni, Konkurrenz 283 f.

55 Verfassungsentwurf 1977, Art. 8 ff.

56 Bericht 53 (zu Art. 23 Verfassungsentwurf 1977).

57 Schlussbericht 93.

58 Bericht 53.

59 A.a.O. 95, 97.

60 Bericht 60.

Grundsätze staatlichen Handelns: Die Abwägung des öffentlichen Interesses gegenüber privaten Interessen stellt einen besonderen Aspekt des in Art. 5 Abs. 1 erwähnten Verhältnismässigkeitsprinzips dar⁶¹, während die Bindung an eine gesetzliche Grundlage schon grundlegend in Art. 4 niedergelegt ist. Was in Art. 23 noch zusätzlich in Erscheinung tritt, ist die Garantie eines “Kerngehaltes” der Grundrechte⁶².

Die starke Ausrichtung des Grundrechtskatalogs auf eine Konkretisierung durch die Praxis – namentlich bezüglich der Schrankenziehung –, viel mehr noch der bewusste Verzicht auf pauschale Grundrechtsvorbehalte zeigen deutlich, dass auch im Verfassungsentwurf Schrankendivergenzen in Kauf genommen werden. Auch unter einem allfälligen Geltungsbereich dieses Verfassungsentwurfes könnten sich somit Grundrechtskonkurrenzen als problematisch erweisen⁶³.

§ 8 Die Lösungen von Grundrechtskonflikten in der Praxis des schweizerischen Bundesgerichts

I Allgemeines

In der schweizerischen Lehre finden sich keine Ansätze für die Bewältigung von Grundrechtskonkurrenzen mittels abstrakter, allgemeingültiger Lösungsformeln. Die Konstruktion solcher Formeln wird in Deutschland durch den kompakten Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes mit den scheinbar bewusst gegensätzlich und qualitativ unterschiedlich ausgestalteten Grundrechtsschranken in wesentlich höherem Masse begünstigt als dies im Bereich des schweizerischen Verfassungsrechts der Fall ist. Gerade aus diesem Grunde findet sich ja in der Schweiz auch – verglichen mit unserem nördlichen Nachbarland – nur eine verhältnismässig kleine Zahl von Publikationen, welche sich mit Aspekten der vorliegenden Problematik be-

61 Auch Art. 23 Abs. 3 betrifft das Verhältnismässigkeitsprinzip.

62 Die Frage der Aufnahme einer solchen Kerngehaltsgarantie – angelehnt an die Wesensgehaltsgarantie von Art. 19 des Bonner Grundgesetzes – wurde im Schlussbericht mit grosser Skepsis behandelt, da gerade die Praxis in Deutschland gezeigt hatte, dass die Bestimmung des Unterschieds zwischen “gewöhnlichen” und “Wesensgehalt” problematisch war, a.a.O. 70 f. J.P. Müller, Grundrechte 82, erachtet die Aufnahme der Kerngehaltsgarantie in einer neuen Bundesverfassung gleichwohl als sinnvoll, da damit angedeutet werde, “dass es letzte Zonen individueller Freiheit und Würde gibt, die nie öffentlichen Zwecken weichen dürfen”. Die Expertenkommission selbst entschloss sich, die Unantastbarkeit des Kerns der Grundrechte “im Sinne eines Gegengewichtes gegen die Überbewertung der öffentlichen Interessen” zu garantieren, anerkannte aber gleichzeitig, dass dieser Kern häufig vom Verhältnismässigkeitsprinzip her definiert werden müsse; Bericht 53; vgl. auch Saladin, Grundrechte im Wandel 365 zur Wesensgehaltsgarantie in Deutschland; ferner J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 99 f.; Häberle, Wesensgehaltsgarantie.

63 Dies hat die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung grundsätzlich erkannt, allerdings ohne Hinweis auf die besonderen Probleme der Schrankendivergenz, vgl. Schlussbericht 69.

fasst⁶⁴. Ist aber selbst in Deutschland eine generelle Lösungsmethode etwa im Sinne eines Überwiegens des "stärkeren", d.h. weniger beschränkbareren Grundrechts oder gegenteilig im Sinne des Überwiegens des stärker beschränkbareren Grundrechts trotz Anerkennung systematischer Zusammenhänge im Grundrechtsbereich sehr umstritten⁶⁵, kann eine solche abstrakte Lösungsmethode noch viel weniger für die schweizerischen Verhältnisse in Frage kommen⁶⁶.

Entsprechend der vorstehend getroffenen begrifflichen Differenzierungen soll zunächst das Vorgehen des Bundesgerichts bei Konkurrenzen im weiteren Sinne, danach dasjenige bei solchen im engeren Sinne näher betrachtet werden.

II Grundrechtskonkurrenzen im weiteren Sinne

A) Allgemeines

Der erste Schritt bei der Lösung von Grundrechtskonkurrenzen muss – entsprechend der vorstehend vorgenommenen Begriffsbestimmungen – darin bestehen, dass von mehreren angerufenen⁶⁷ Grundrechten durch Abgrenzung bzw. Konkretisierung der Schutzbereiche diejenigen Grundrechte ausgeschlossen werden, welche den zu beurteilenden Sachverhalt sachlich (inhaltlich) oder aufgrund einer besonderen Beziehung mehrerer betroffener Grundrechte (z.B. *lex generalis* – *lex specialis*) nicht betreffen. Gelingt es, in dieser Weise alle ausser einem einzigen Grundrecht auszuschliessen, ist eine Konkurrenz im weiteren Sinne gelöst und gleichzeitig festgestellt worden, dass keine Konkurrenz im engeren Sinne vorliegt. Bleiben zwei oder mehrere Grundrechte trotz Normbereichs-Bestimmung anwendbar, dann liegt die Konkurrenz im engeren Sinne vor⁶⁸.

Eine erste Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass das Bundesgericht oftmals nicht unterscheidet, ob ein angerufenes Grundrecht überhaupt betroffen oder ob es zwar betroffen, aber nicht verletzt sei. Dies verdeutlicht der Fall BGE 97 I 116 ff.

Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt hatte einem Verein die Bewilligung verweigert, eine Lehrstätte unter der Bezeichnung "Freie Evangelisch-Theologische Hochschule Basel" oder "Internationale nichtstaatliche Evangelisch-Theologische Hochschule Basel" zu errichten. Der betroffene Verein machte eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49 BV) und von Art. 4 BV geltend.

64 Fischer stellte in seiner 1973 erschienen Dissertation noch fest, für die Schweiz werde das Problem der Grundrechtskonkurrenzen von der Mehrzahl seiner Bearbeiter "vielleicht überschätzt", a.a.O. 168.

65 Siehe vorn 31 ff.

66 Fischer 177 ff.

67 Zum Teil prüfte das Bundesgericht selbst auch kantonale Entscheide auf die Vereinbarkeit mit Grundrechten hin, welche vom Beschwerdeführer gar nicht geltend gemacht worden waren. Vgl. BGE 97 I 116 ff., 101 Ia 252 ff.

68 Huber, Schutz der Werbung 299.

Das Bundesgericht prüfte nun von sich aus nacheinander zusätzlich, ob die Verweigerung der Bewilligung gegen die Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) und gegen die Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) verstosse. Im Ergebnis stellte es bei allen geprüften Grundrechten fest, sie seien nicht "verletzt".

Dabei liess es bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit durchblicken, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers grundsätzlich durch deren Schutzbereich erfasst wird, indem es darauf hinwies, dieses Grundrecht umfasse auch das Recht, Glaubensansichten zu äussern und religiöse Lehren und Überzeugungen zu verbreiten⁶⁹. Mit der Glaubens- und Gewissensfreiheit seien aber Vorschriften betreffend die Benennung einer entsprechenden Ausbildungsstätte vereinbar, und da die Bewilligung zur Führung dieser Schule nicht grundsätzlich verweigert worden sei, werde das angerufene Grundrecht nicht verletzt.

Bei der Vereinsfreiheit dagegen stellte das Bundesgericht im Ergebnis fest, dass deren Schutzbereich nicht betroffen sei, "da der angefochtene Entscheid sich nicht auf den Bestand, die Tätigkeit oder den Namen des Vereins" beziehe. Die Handels- und Gewerbefreiheit war deshalb nicht betroffen, weil die Schule des Beschwerdeführers einen rein idealen Zweck verfolgte.

Unter dem Gesichtswinkel der hier unterschiedenen engeren oder weiteren Umschreibung der Grundrechtskonkurrenzen ergibt sich, dass der angeführte Entscheid eine im weiteren Sinne verstandene Grundrechtskonkurrenz betraf: Die Lösung des Falles hing möglicherweise von mehr als einem Grundrecht ab⁷⁰. Im Sinne der engeren Begriffsumschreibung der Grundrechtskonkurrenz muss das Vorliegen eines solchen Verhältnisses verneint werden: Es war nur die Glaubens- und Gewissensfreiheit betroffen. Damit aber wurde eine Konkurrenz im engeren Sinne vermieden und gleichzeitig eine solche im weiteren Sinne durch eine Tatbestands-Abgrenzung bzw. durch eine genaue Bestimmung der Schutzbereiche der möglicherweise an einem Sachverhalt beteiligten Grundrechte quasi im Ausschlussverfahren gelöst⁷¹. Zusätzlich hätte nun beim einzig "betroffenen" Grundrecht speziell noch geprüft werden müssen, ob es auch "verletzt" war⁷².

Eine Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Praxis zu Grundrechtskonkurrenzen im weiteren Sinn ergibt, dass das Gericht im wesentlichen nach folgenden Grundsätzen verfuhr: In gewissen Fällen schloss das Bundesgericht einzelne Grundrechte aus, indem es durch Abgrenzung des grundrechtlichen Tatbestandes – mindestens im Ergebnis – feststellte, dass das Grundrecht den fraglichen Sachverhalt

69 A.a.O. 120 f., Erw. 3b, mit Hinweis auf BGE 56 I 439, 57 I 116, Erw. 2, 73 I 114, Erw. 2.

70 Auch wenn der Beschwerdeführer nur die Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit – nebst Art. 4 BV – geltend gemacht hatte.

71 Huber, Schutz der Werbung 299; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 31 ff., 34, bezeichnet dieses Vorgehen – entsprechend seiner Begriffsbestimmung der Konkurrenzen – ausdrücklich als "Lösung".

72 Huber, ZBJV 109 (1973) 18 f. attestiert dem Bundesgericht – leider ohne dies näher zu begründen – es habe im erwähnten Fall "einen guten Beitrag" an die Klärung des Problems der sogenannten Konkurrenz von Grundrechten geleistet.

nicht erfasste. In anderen Fällen wendete es angerufene Grundrechte nicht an, weil es anderen gleichzeitig angerufenen Grundrechten gegenüber den ersteren eine ausschliessliche Anwendbarkeit zuerkannte. Das soll im folgenden dargestellt werden.

B) Tatbestandsabgrenzung in der Praxis des Bundesgerichts

Immer wieder konnte das Bundesgericht eines oder mehrere für einen Sachverhalt in Frage stehende Grundrechte dadurch ausschliessen, dass es nach einer Bestimmung der Reichweite der jeweiligen grundrechtlichen Schutzbereiche feststellte, diese erfassten den Sachverhalt nicht mehr.

Ein instruktives Beispiel für eine solche Tatbestandsabgrenzung stellt BGE 102 Ia 321 ff. dar. Dem Beschwerdeführer war die Zulassung zur Universität Bern für die Dauer eines Jahres verweigert worden, weil gegen ihn ein militärgerichtliches Strafurteil vorlag. Die Verurteilung war unter anderem wegen Aufforderung zur Verletzung militärischer Dienstpflichten durch die Herausgabe einer sogenannten Kasernenzeitung ausgesprochen worden. In seiner staatsrechtlichen Beschwerde berief sich der Beschwerdeführer auf eine Verletzung der persönlichen Freiheit und auf eine solche der Meinungsäusserungsfreiheit. Das Bundesgericht liess die Frage, inwieweit generell die Nichtzulassung zu einem akademischen Studium vom Grundrecht der persönlichen Freiheit erfasst werden könne, offen und stellte fest, im zu beurteilenden Fall seien jedenfalls weder die Menschenwürde noch sonstwie "elementare Möglichkeiten und Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung" beeinträchtigt worden, mithin sei die persönliche Freiheit nicht berührt. Weder liege ein Eingriff in die Bewegungsfreiheit oder in die körperliche Integrität des Beschwerdeführers vor, noch sei die angefochtene Massnahme in anderer Weise geeignet, die Menschenwürde oder elementare Möglichkeiten und Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zu gefährden oder zu beschränken. Dem Beschwerdeführer werde das Hochschulstudium nicht generell verunmöglicht oder ernstlich erschwert. Er könne entweder an einer anderen Hochschule dasselbe Studium beginnen oder in Bern nach Ablauf der einjährigen Karenzfrist die Immatrikulation beantragen. In der Tatsache, dass er sein akademisches Studium anders gestalten müsse, als er es ursprünglich beabsichtigt habe, liege keine Beeinträchtigung der menschlichen Würde. Ebenso wenig handle es sich um einen Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung, für welchen der Schutz der persönlichen Freiheit beansprucht werden könne⁷³.

Durch die befristete Zulassungsverweigerung sei, so führte das Bundesgericht weiter aus, auch die Meinungsäusserungsfreiheit nicht betroffen, da das rechtskräftige militärische Strafurteil feststelle, dass die fraglichen Meinungsäusserungen bundesgesetzlich verboten gewesen seien. Schliesslich beurteilte das Bundesgericht den

73 A.a.O. 324 f., Erw. 3a; kritisch J.P. Müller in ZBJV 114 (1978) 68 ff.

Fall lediglich noch unter dem Aspekt von Art. 4 BV, das heisst, nach Massgabe des Willkürverbotes und der Rechtsgleichheit. Im Ergebnis wurde die Beschwerde wegen Verletzung des im Willkürverbot enthaltenen Verhältnismässigkeitsprinzips gutgeheissen. Das Bundesgericht ging dabei davon aus, dass die Verstösse des Beschwerdeführers gegen die militärische Ordnung allein nicht zur Vermutung berechtigten, dieser könnte für die Ordnung und den Lehrbetrieb an der Universität Bern ein besonderes Risiko darstellen.

Das Bundesgericht hatte sich in letzter Zeit verschiedentlich mit der Bestimmung der Schutzbereiche der persönlichen Freiheit zu befassen, da dieses Grundrecht aufgrund seiner weitgefassten Umschreibung in besonderer Weise der Gefahr ausgesetzt ist, vorsorglich auch in Fällen angerufen zu werden, welche der Sache nach anderen Grundrechtsbereichen näherstehen oder in welchen bisher noch nie grundrechtlicher Schutz zugesprochen worden war⁷⁴. Im Entscheid 98 Ia 409 ff. war ein Beschwerdeführer mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht gelangt, weil die Gemeindeversammlung seiner Wohnortgemeinde eine neue Gemeindeordnung gutgeheissen hatte, in welcher zwei Zeitungen als amtliche Publikationsorgane bezeichnet wurden, die beide verschiedenen politischen Parteien nahestanden. Der Beschwerdeführer war mit einem Gegenantrag auf Schaffung eines gemeindeeigenen, politisch und konfessionell neutralen Anzeigers nicht durchgedrungen. Da nach Auffassung des Beschwerdeführers durch die entsprechende Bestimmung der Gemeindeordnung der Bürger praktisch gezwungen war, eine dieser Zeitungen zu abonnieren, machte dieser eine Verletzung der Meinungsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Vereinsfreiheit und von Art. 4 BV geltend.

Noch bevor das Bundesgericht die staatsrechtliche Beschwerde behandelte, hatte die betreffende Gemeinde auf Anweisung des Regierungsrates ein öffentliches Anschlagbrett für die amtlichen Publikationen eingerichtet. Der Beschwerdeführer hielt gleichwohl an seiner Beschwerde fest.

Das Bundesgericht konnte auf die Prüfung der Frage verzichten, ob eine Art "Meinungsbildungsfreiheit" verletzt worden sei, welche den Bürger davor schütze, bestimmte Informationen zwangsweise zur Kenntnis nehmen zu müssen. Wegen des erwähnten Anschlagbrettes war nämlich niemand gezwungen, eine Zeitung zu abonnieren. Damit war auf jeden Fall die "Meinungsfreiheit" nicht berührt. Sinn gemäss galt dasselbe in bezug auf die Vereinsfreiheit, weil durch den fehlenden Abonnementszwang keine indirekten Parteibeiträge zu entrichten waren.

Schliesslich erwies sich auch die Rüge der Verletzung der persönlichen Freiheit als unbegründet. Einen Eingriff in die persönliche Integrität des Einzelnen konnte das Bundesgericht nicht erkennen. Die angefochtene Regelung bewirkte nach Ansicht des Bundesgerichtes aber auch keinen Zustand, der mit der Grundidee der persönlichen Freiheit unvereinbar erschien, namentlich keine unzulässige Beeinträchtigung der persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten.

74 Vgl. z.B. auch BGE 100 Ia 180 ff., 186, Erw. 4a zur Frage, ob aus der persönlichen Freiheit ein Anspruch auf Officialverteidigung herzuleiten sei; ausführlich hinten 85 f.

Auch in diesem Fall ist den bundesgerichtlichen Erwägungen nicht zu entnehmen, wieweit die angerufenen Grundrechte tatsächlich "betroffen" waren oder nicht. Es scheint, dass das Bundesgericht "Meinungsfreiheit" und Vereinsfreiheit als nicht betroffen betrachtete, weil die (im übrigen erst nach Erhebung der Beschwerde geschaffene) Möglichkeit, sich am öffentlichen Anschlagbrett zu informieren, den entsprechenden Rügen den Boden entzog⁷⁵.

Bezüglich der persönlichen Freiheit stellte das Bundesgericht fest, eine unzulässige Beeinträchtigung der Entfaltungsmöglichkeiten dieses Grundrechtes liege nicht vor, differenzierte aber nicht weiter, ob die persönliche Freiheit grundsätzlich hätte betroffen sein können. Immerhin wurde der Entscheid unter der Überschrift "Garantie der persönlichen Freiheit" publiziert⁷⁶.

Als weitere Beispiele von Konkurrenzlösungen durch Tatbestandsabgrenzung nennt VENANZONI ältere Bundesgerichtsentscheide, welche das Filmgewerbe bestraften⁷⁷. Bei der Prüfung der Frage, ob dabei die Pressefreiheit (nebst der Handels- und Gewerbefreiheit) mitbetroffen war, hatte das Bundesgericht der Kinovorstellung ursprünglich die "formellen und sachlichen Requisite eines Erzeugnisses der Presse" abgesprochen⁷⁸. Nicht alle an eine Mehrzahl von Personen gerichteten Mitteilungen seien gleichermassen unter den Schutz von Art. 55 BV gestellt, vielmehr käme es auf das *Mittel* der Mitteilung an, welches ein Presseergebnis sein müsse. Dieses Kriterium erfülle eine Kinovorstellung nicht. Im gleichen Entscheid stellte das Bundesgericht auch fest, als durch die Pressefreiheit geschützte Meinungsäusserungen seien nur "Lehrmeinungen irgendwelcher Art zu verstehen, Äusserungen auf dem Gebiet der Moral, der Politik, des Wissens und des Glaubens"⁷⁹.

Noch im Entscheid 87 I 275 ff. hielt das Bundesgericht an dieser Rechtsprechung fest. Ein Luzerner Filmklub hatte eine staatsrechtliche Beschwerde erhoben, weil die Filmkontrollkommission die Vorführung eines für die öffentlichen Aufführungen nicht freigegebenen Films im Klubrahmen nicht gestattet hatte. Unter anderem rügte der Filmklub eine Verletzung der Art. 4 BV sowie der Vereinsfreiheit (Art. 56 BV) und der Pressefreiheit (Art. 55 BV).

Mit Bezug auf die geltend gemachte Verletzung der Pressefreiheit verwies das Bundesgericht auf seine unveröffentlichten Entscheide vom 14. Juni 1918 i.S. Burckhardt gegen Luzern und vom 30. Januar 1931 i.S. Praesens-Film AG gegen

75 Vgl. die entsprechende Formulierung a.a.O. 413, Erw. 2.

76 Kritisch dazu Huber, ZBJV 109 (1973) 476, welcher es nicht begreiflich findet, dass dieses Urteil unter dem Titel der persönlichen Freiheit veröffentlicht wurde, da diese "wenn nicht gänzlich unanwendbar, doch dem Sachverhalt viel entfernter als z.B. die Meinungsfreiheit" erscheine; Saladin, Grundrechte im Wandel, Vorwort XII, konstatiert denn auch, in diesem Entscheid habe das Bundesgericht – wie schon in BGE 97 I 842 ff. – dargetan, dass in der persönlichen Freiheit auch eine minimale Freiheit des Sich-Informierens und der Meinungsbildung eingeschlossen sei.

77 Grundrechtskonkurrenzen 16 ff.

78 Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 16, Anm. 25 mit Hinweis auf den nicht publizierten Entscheid in Sachen "Burckhardt gegen Luzern" vom 14. Juni 1918, auszugsweise wiedergegeben bei Aeppli, Die Filmzensur in der Schweiz, Diss. Zürich 1949, 62, 112 f. und in BBl. 1925 II 560; Venanzoni, Konkurrenz 273.

79 Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 17 mit Anm. 27; Konkurrenz 273, Anm. 18.

Schaffhausen, wo es festgestellt hatte, dass der Film kein Presseerzeugnis sei. Eine Filmvorführung könne daher so wenig wie eine Theatervorführung den Schutz der Pressefreiheit genießen. Gegen die Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit könnte höchstens ein Verbot verstossen, das wegen einer im Film vertretenen Lehrmeinung erfolgte⁸⁰.

In der Folge wurde diese Praxis nicht mehr aufrecht erhalten. Im Entscheid vom 19. September 1962, abgedruckt in ZBl. 64 (1963) 363 ff., hatte das Bundesgericht wiederum eine staatsrechtliche Beschwerde des Luzerner Filmklubs zu behandeln, die das Verbot desselben Films, um den es schon im erwähnten BGE 87 I 275 ff. gegangen war, betraf. Nachdem in diesem Entscheid die erste staatsrechtliche Beschwerde insofern gutgeheissen worden war, als der Luzerner Regierungsrat ursprünglich auf die Beschwerde des Filmklubs gar nicht eingetreten war, hatte der Regierungsrat nunmehr eine entsprechende Beschwerde abgewiesen. Gegen diesen Entscheid richtete sich die neuerliche staatsrechtliche Beschwerde des Filmklubs. Dabei machte dieser eine Verletzung von Art. 4 und 56 BV sowie von § 6 KV (Meinungsäusserungsfreiheit) geltend.

Diesmal stellte das Bundesgericht fest, der Begriff der "Meinung", deren freie Äusserung durch § 6 KV geschützt werde, sei weit zu fassen, insbesondere mit Rücksicht auf das Fehlen einer besonderen Garantie der freien Ausübung von Kunst und Wissenschaft. Er umschliesse nicht nur die "Ergebnisse von rationalen Denkvorgängen sowie rational fassbar und mittelbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen, Auffassungen und dergleichen, sondern ebenso das Kunstschaffen und dessen Hervorbringungen". In diesem Sinne werde auch einem Film, "der nicht der Verbreitung oder Verteidigung von Stellungnahmen, Wertungen oder Anschauungen auf dem Gebiete der Moral, der Politik, des Wissens und des Glaubens" diene, sondern "rein als Kunstwerk" verstanden sein wolle, der Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit zuteil⁸¹.

Praktische Auswirkungen hatten diese Erwägungen allerdings im angeführten Fall nicht, da das Bundesgericht die Meinungsäusserungsfreiheit — wie die anderen Grundrechte — unter den Vorbehalt der öffentlichen Ordnung stellte⁸².

C) Spezialität

Die Praxis des Bundesgerichtes anerkennt ein Spezialitätsverhältnis zwischen der Meinungsäusserungs- und der Pressefreiheit, welche letztere "eine Erscheinungsform der dem ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörenden Meinungsäusserungsfreiheit" sei⁸³. Dies hatte das Bundesgericht im Fall 96 I 586 ff. zwar bereits ange-

80 A.a.O. 287 f., Erw. 4.

81 A.a.O. 365, Erw. 3.

82 A.a.O. 365, Erw. 3; Venanzoni, Konkurrenz 275 f.

83 ZBl. 78 (1977) 358 = BGE vom 15. Dezember 1976; ebenso BGE 98 Ia 73 ff., 79 f., Erw.

3b; vgl. auch Huber, Garantie 113a, Anm. 267 mit Hinweisen.

tönt; im Gegensatz zu den erwähnten neueren Entscheidungen hatte es aber die zwingende Konsequenz, nämlich dass die Rüge der Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit neben der Berufung auf die Pressefreiheit keine selbständige Bedeutung mehr haben kann, nicht beachtet⁸⁴.

In ähnlicher Weise bildet gemäss bundesgerichtlicher Praxis hinsichtlich religiöser Meinungsäusserungen die Glaubens- und Gewissensfreiheit eine "lex specialis" gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit, da die Glaubens- und Gewissensfreiheit nebst dem Recht des Einzelnen, in seiner religiösen Überzeugung keinen Zwang zu erleiden, auch das "Recht, Glaubensansichten zu äussern und religiöse Lehren und Überzeugungen zu verbreiten" beinhaltet⁸⁵. Auch gegenüber der Vereins- und Versammlungsfreiheit sind die Glaubens- und Gewissensfreiheit und die Kultusfreiheit in der älteren Rechtsprechung des Bundesgerichts als *iura specialia* erschienen, ebenso gegenüber der Pressefreiheit⁸⁶.

D) Subsidiarität

Gelegentlich verzichtete das Bundesgericht auf eine Prüfung, wieweit eine Tätigkeit vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit noch erfasst bzw. dieses Grundrecht noch "betroffen" war, wenn gleichzeitig ein anderes Grundrecht sich in diesem Sinn als betroffen erwies. Im Entscheid 99 Ia 504 ff. hatte es zu beurteilen, ob die vom Zürcher Stadtrat am 17. Februar 1972 erlassenen "Vorschriften über die Strassenprostitution" unter anderem die persönliche Freiheit, eventuell die Handels- und Gewerbefreiheit von einschlägig interessierten Beschwerdeführerinnen verletzen. Es stellte in seinen Erwägungen fest, die persönliche Freiheit sei im Verhältnis zu den übrigen verfassungsmässigen Rechten "subsidiär" und könne nicht angerufen werden, wenn "Beschränkungen eines anderen Freiheitsrechts in Frage stehen"⁸⁷. Im vorliegenden Fall seien die Beschwerdeführerinnen in der Ausübung ihrer gewerbmässigen Unzucht beschränkt, welche Tätigkeit allenfalls höchstens durch die in Art. 31 BV verankerte Handels- und Gewerbefreiheit geschützt werden könnte. Mit der Konstruktion dieser Subsidiarität konnte das Bundesgericht die etwas heikle

84 Morand, Tendances 29 f.; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 41 f. bezeichnet das Vorgehen des Bundesgerichts in BGE 96 I 586 ff. als "unvollständige Auflösung einer Konkurrenz", kritisch ferner das aargauische Verwaltungsgericht in einem Entscheid vom 11. August 1975, ZBl. 77 (1976) 36 ff.; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 71.

85 BGE 97 I 121; ähnlich auch BGE 73 I 114, Erw. 2; 57 I 116; Erw. 2; vgl. auch 43 I 268 ff., 42 I 69 ff., 39 I 351 ff.; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 40 f.; Morand, Tendances 30.

86 Saladin, Grundrechte im Wandel 31 f. mit Hinweisen; BGE 50 I 382, 54 I 106, 57 I 119, 62 I 22 bezüglich dem Verhältnis zwischen Glaubens- und Gewissensfreiheit bzw. Kultusfreiheit und Pressefreiheit; BGE 13 9, 15 690, 20 749, 22 1006, 49 I 151 mit Bezug auf das Verhältnis zwischen Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit und Vereins- und Versammlungsfreiheit.

87 A.a.O. 509, Erw. 3b mit Hinweis auf BGE 97 I 50.

Frage, ob Prostitution grundsätzlich in den Bereich elementarer Persönlichkeitsentfaltung gehöre oder nicht, offenlassen, eine Frage, die bei hinreichend enger Umschreibung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit wohl auch hätte negativ beantwortet werden können.

III Grundrechtskonkurrenzen im engeren Sinn

A) Allgemeines

Wenn bei Grundrechtskonkurrenzen im engeren Sinn begrifflich vorausgesetzt wird, eine Analyse der Normbereiche der möglicherweise betroffenen Grundrechte müsse ergeben, dass mindestens zwei Grundrechte den zu beurteilenden Lebenssachverhalt erfassten, bieten sich bei der Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Praxis Schwierigkeiten, weil die staatsrechtliche Kammer nicht in dieser Weise Konkurrenzverhältnisse freizulegen trachtete. Im wesentlichen lassen sich vier verschiedene Methoden unterscheiden, welche das Bundesgericht bei solchen Konkurrenzfällen anwandte: Es beurteilte den Sachverhalt nur unter einem in gewissem Sinne "sachnächsten" Grundrecht und verdrängte damit gewissermassen die konkurrierenden Grundrechte. In andern Fällen liess es die Konkurrenz unaufgelöst stehen und untersuchte den Sachverhalt unter dem Aspekt mehrerer Grundrechte, ohne sich über deren gegenseitige Beziehung auszusprechen. In andern Fällen teilte es den Lebenssachverhalt auf und untersuchte dessen verschiedene Aspekte unter verschiedenen Grundrechtsbestimmungen. In gewissen Fällen schliesslich anerkannte es, dass auf den Sachverhalt verschiedene Grundrechtsbestimmungen ausstrahlten und dementsprechend zu berücksichtigen waren.

B) "Verdrängung" der konkurrierenden Grundrechte

1. Ursprung der "Verdrängung" in der Kompetenzaufteilung früherer Organisationsgesetze

Die namentlich in der hier beschriebenen Lösungsmethode zum Ausdruck gelangende Tendenz des Bundesgerichts, von mehreren angerufenen Grundrechten nur eines anzuwenden⁸⁸, beruht auf den unter dem Geltungsbereich der Organisationsgesetze vom 27. Brachmonat 1874 und vom 22. März 1893 herrschenden Kompetenzregelungen. Zunächst war das Bundesgericht lediglich für die Beurteilung von Beschwer-

⁸⁸ Im Gegensatz zu Fällen unechter Konkurrenz auch dort, wo eine Bestimmung der Schutzbereiche die Anwendung mehrerer Grundrechte ermöglicht hätte.

den wegen Verletzung der Pressefreiheit, Vereinsfreiheit und Rechtsgleichheit zuständig gewesen, wogegen Beschwerden wegen Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit oder der Handels- und Gewerbefreiheit in den Kompetenzbereich der politischen Bundesbehörden fielen. Für Verletzungen der Glaubens- und Gewissensfreiheit war das Bundesgericht aufgrund des erwähnten zweiten Organisationsgesetzes von 1893 an zuständig; aber erst das entsprechende Gesetz vom 6. Oktober 1911 überliess dem Bundesgericht die alleinige Überprüfungsbefugnis für alle Grundrechtsverletzungen⁸⁹. Am deutlichsten machte sich in der Praxis die Methode der "Verdrängung" im Verhältnis zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Meinungsäusserungs- bzw. Pressefreiheit bemerkbar, daneben sind aber auch Konkurrenzen zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie in dieser Weise beurteilt worden.

Auf die beschriebene Weise bewältigte das Bundesgericht im Entscheid 81 I 119 ff. auch eine Konkurrenz zwischen kantonalem und Bundesverfassungsrecht. Der Regierungsrat des Kantons Zürich hatte am 2. September 1954 eine Verordnung über den Verkehr mit Heilmitteln erlassen. Darin wurde unter anderem verboten, eine Drogerie als "Drugstore" zu bezeichnen. Ausserdem wurden die Arzneimittelbetriebe verpflichtet, Kontrollorganen Auskünfte zu erteilen und Zutritt zu allen Geschäfts-, Betriebs-, Lager- und Praxisräumen zu gewähren.

Gegen diese Verordnung führten die Sektion Zürich des Schweizerischen Drogisten-Verbandes sowie einige ihrer Mitglieder staatsrechtliche Beschwerde, unter anderem wegen Verletzung der Art. 31 BV sowie der Garantie der Unverletzlichkeit des Hausrechts, welche in Art. 8 KV enthalten war.

Das Bundesgericht erkannte in der Verpflichtung, den Kontrollorganen den Zutritt zu allen Betriebsräumen einer Drogerie zu gestatten, eine gewerbepolizeiliche Bestimmung. Soweit bezüglich dieser Bestimmung eine Verletzung des durch kantonales Verfassungsrecht gewährleisteten Hausrechts gerügt worden war, bemerkte das Bundesgericht folgendes: "Wenn ... die beanstandete Regelung des Zutrittsrechts der Kontrollorgane mit Art. 31 BV – insbesondere mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs – vereinbar ist, verstösst sie auch nicht gegen Art. 8 KV"⁹⁰. Die fragliche Regelung wurde in der Folge als verfassungskonform erklärt.

2. Konkurrenz zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Presse- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit

In einem politisch brisanten Rechtsfall hatten zwei Rechtsanwälte verschiedentlich zu einem hängigen Verfahren öffentlich Stellung bezogen, unter anderem auch

89 Kaufmann, Verfassungsgerichtsbarkeit 339 ff.; Venanzoni, Konkurrenz 272 f.; derselbe, Grundrechtskonkurrenzen 43 ff.

90 A.a.O. 128, Erw. 3c.

mittels eines an Kantonsräte und Pressevertreter abgegebenen "Memorandums". Einem der beiden Anwälte wurde von der Kantonalen Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte deswegen eine Ordnungsbusse auferlegt, worauf dieser eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4, Art. 31 sowie Art. 55 BV einreichte.

Das Bundesgericht stellte fest, dass der Anwalt zwar den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit geniesse, dass er aber an gewisse berufsspezifische gewerbepolizeiliche Schranken gebunden sei⁹¹. Nach ausführlichen Erwägungen gelangte es zum Ergebnis, die ausgefallte Ordnungsbusse verletze weder Art. 31 BV noch das Willkürverbot des Art. 4 BV. Dann hielt das Bundesgericht bei der Prüfung, wieweit die Presse- oder die Meinungsäusserungsfreiheit⁹² verletzt seien, fest, es könne dahingestellt bleiben, wieweit das Handeln des Beschwerdeführers vom Schutzbereich "der beiden genannten Grundrechte" erfasst werde, da diese jedenfalls nicht uneingeschränkt gelten könnten, sondern nur soweit, als keine polizeilichen Güter verletzt würden. Wörtlich fügte es bei: "Ist eine die Freiheit des Einzelnen beschränkende Massnahme aus gewerbepolizeilichen Gründen notwendig und mit Art. 31 BV vereinbar, so kann sich der Betroffene daher ihr gegenüber nicht auf die Presse- oder die Meinungsäusserungsfreiheit berufen (BGE 87 I 117; vgl. auch ZBl. 1963 S. 365)"⁹³. Genau gleich argumentierte das Bundesgericht, als es das Filmgewerbe ausschliesslich unter dem Aspekt der Handels- und Gewerbefreiheit beurteilte.

Im Entscheid 87 I 114 ff. musste sich das Bundesgericht mit dem Verbot einer Filmvorführung befassen. Der Beschwerdeführer hatte eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit und der Rechtsgleichheit geltend gemacht. Das Bundesgericht stellte fest, die Kinobranche geniesse grundsätzlich den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit. Ein kantonaler Entscheid, mit welchem die Vorführung eines Films aus Gründen der guten Sitten und der öffentlichen Ordnung verboten werde, könne, solange er die Handels- und Gewerbefreiheit respektiere, keine anderen Grundrechte verletzen, namentlich nicht die Glaubens- und Gewissensfreiheit, die Pressefreiheit und die Vereinsfreiheit. Gegen einen entsprechenden Entscheid könne man sich auch nicht auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen. Daraus folge, dass nur Art. 31 BV zum Zuge kommen könne⁹⁴.

91 BGE 98 Ia 56 ff.

92 Das Bundesgericht äusserte sich in diesem Entscheid nicht über das gegenseitige Verhältnis dieser beiden Grundrechte.

93 A.a.O. 63, mit weiteren Hinweisen auf BGE 96 I 589, Erw. 4a, 592, Erw. 6.

94 Vgl. hierzu auch Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 20 mit Hinweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Januar 1931 in Sachen "Praesens-Film" gegen Schaffhausen. Fischer bezeichnet dieses Vorgehen des Bundesgerichts als "eindimensional", a.a.O. 94. Morand, Tendances 30, rechnet solche Fälle zu den "echten Konkurrenzen".

Wie vorn 54 f. dargelegt, hat das Bundesgericht den Begriff der "Meinung", wie er durch die Meinungsäusserungsfreiheit geschützt wird, bedeutend weiter gefasst. Kritisch dazu Neupert 16 f., welcher in der entsprechenden Formulierung eine Anlehnung an Ridder, Meinungsfreiheit, in: Die Grundrechte, hrsg. von Neumann/Nipperdey/Scheuner, Band II. 248, erkennt. Im übrigen wurde in der Literatur auch darauf hingewiesen, dass der Supreme Court der Vereinigten Staaten im Jahre 1915, ähnlich wie das Bundesgericht, Filmvorführungen nur unter

VENANZONI bezeichnet diese Art der Konkurrenzlösung als “Konkurrenzformel”. Er stellt fest, diese Formel habe sich aus der Praxis des Bundesgerichts zur Zeit der alten Kompetenzregelung unter dem Geltungsbereich des OG von 1911 entwickelt. Damals habe das Bundesgericht jeweils erklärt, dass die in Betracht fallenden Grundrechte gleichermassen unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung garantiert seien, weshalb es im praktischen Ergebnis keine Rolle spiele, ob die eine oder andere Grundrechtsgarantie zur Anwendung gelange⁹⁵. Dies hielt das Bundesgericht auch im bereits erwähnten Luzerner Filmklub-Entscheid fest, bei welchem das regierungsrätliche Verbot eines Filmes für einmal nicht unter dem Gesichtspunkt der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen gewesen war, weil der verbotene Film innerhalb eines Vereins hätte gezeigt werden sollen⁹⁶.

Die Gelegenheit, im Zusammenhang mit einer Filmvorführung diese Methode der Verdrängung zugunsten einer differenzierteren Betrachtungsweise neu zu überdenken, hätte sich beinahe im Entscheid 101 Ia 252 ff. geboten.

Eine Beschwerdeführerin erhob eine staatsrechtliche Beschwerde gegen einen von der kantonalen Oberinstanz geschützten Entscheid, durch welchen eine Filmvorführung unter anderem nur unter der Bedingung gestattet wurde, dass dafür keine Reklame gemacht wurde. Das Bundesgericht musste in seinen Erwägungen zugestehen, dass die Vorführung des Filmes eine qualifizierte Meinungsäusserung darstellte, weshalb sich die Beschwerdeführerin auf die Meinungsäusserungsfreiheit berufen konnte. Zwar verwies das Bundesgericht auch auf seine Praxis, wonach dem Kinogewerbe grundsätzlich nur der Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit zuteil werde und Einschränkungen, die vor diesem Grundrecht standhielten, auch kein anderes Grundrecht verletzen. Indessen brauchte das Bundesgericht im konkreten Fall diese Praxis nicht neu zu überprüfen. Es konnte feststellen, dass keine Konkurrenz von Grundrechten vorlag. Erstens hatte sich die Beschwerdeführerin im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren nicht mehr auf Art. 31 BV berufen. Zweitens schien nach Ansicht des Bundesgerichtes die fragliche Filmvorführung überhaupt keinen Erwerbszweck verfolgt zu haben, wie es für Tätigkeiten, welche durch die Handels- und Gewerbefreiheit geschützt werden, charakteristisch sei⁹⁷. Damit liess sich der Fall mittels Tatbestandsabgrenzung (als Konkurrenz im weiteren Sinne) lösen⁹⁸.

dem wirtschaftlichen Aspekt grundrechtlich geschützt habe; Fischer 111 mit Anm. 4; Neupert 58 mit Anm. 25.

95 Grundrechtskonkurrenzen 18 ff.; Konkurrenz 274 f.

96 Vgl. vorn 54 f., ZBl. 64 (1963) 363 ff., 365. Kritisch zur Rechtsprechung, wonach die “öffentliche Ordnung” für die Handels- und Gewerbefreiheit, die Meinungsäusserungs- und die Vereinsfreiheit den gleichen Stellenwert besitzt: Saladin, Grundrechte im Wandel 80 f.; Schaumann, Grundrechtskatalog 37; Neupert 58 ff.

97 A.a.O. 256, Erw. 3b, u.a. mit Hinweis auf Aubert, *Traité* no 1873 S. 670; Fleiner/Giacometti 282.

98 Wörtlich heisst es: “Or, en l’absence de concours parfait ou imparfait entre deux libertés, il n’y a pas lieu de se demander si un acte admissible au regard de l’une est nécessairement compatible avec l’autre.” Vgl. auch Huber, ZBJV 113 (1977) 28; derselbe, Rechtsprechung 65, hält eine Überprüfung der Rechtsprechung – wie sie noch in BGE 87 I 117 und 287 f. zur Anwendung kam – für angebracht, weist aber auf die “schier unüberwindliche Schwierig-

In die gleiche Kategorie einer Grundrechtskonkurrenz fällt ferner auch die Werbung bzw. Reklame, welche in der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Handels- und Gewerbefreiheit Bedeutung erlangte⁹⁹.

Im Entscheid 87 I 262 ff. musste sich das Bundesgericht mit der staatsrechtlichen Beschwerde eines Rechtsanwaltes befassen.

Nach den kantonalen Anwaltsregeln war es einem Rechtsanwalt verboten, irgendwelche persönliche Reklame zu machen. Der beschwerdeführende Anwalt hatte zweimal in einer Tageszeitung ein Communiqué publizieren lassen, das auf seine Funktion in einem Verfahren Bezug nahm. Die kantonale Anwaltskammer bestrafte ihn hierfür, da sie der Auffassung war, er habe indirekt Reklame gemacht und die einschlägigen Regeln verletzt. In seiner staatsrechtlichen Beschwerde machte der Betroffene eine Verletzung der Art. 31 und 4 BV geltend.

Das Bundesgericht stellte fest, die Reklame werde von der Handels- und Gewerbefreiheit erfasst. Reklame umfasse dabei alle Tätigkeiten von Handelsleuten bzw. Industriellen, durch welche dem Publikum Produkte oder Dienste in Inseraten, im Werbeteil von Zeitungen, auf Plakaten, im Briefkopf oder auf ähnliche Weise angesprochen würden. Zu den von der Handels- und Gewerbefreiheit erfassten Reklame-tätigkeiten gehörten aber auch die im redaktionellen Teil einer Zeitung verbreiteten Artikel, in welchen die Aktivität eines Unternehmens beschrieben werde, auch wenn über das Erscheinen solcher Artikel die Redaktion entscheide. Das bedeute, dass Einschränkungen all dieser Arten von Reklame nur in den Schranken der Handels- und Gewerbefreiheit möglich seien.

Zum konkreten Fall stellte das Bundesgericht weiter fest, dass die Kantone bei freien Berufsarten grundsätzlich strengere Beschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit festlegen könnten. Davon habe hier der Kanton Gebrauch gemacht. Zur Frage, ob den Anwälten generell jede Reklame verboten werden könne, hielt das Bundesgericht fest, dies halte vor der Handels- und Gewerbefreiheit stand.

3. Konkurrenz zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie

Ein ähnliches Lösungsvorgehen wie beim Filmgewerbe beherrschte auch verschiedentlich Entscheide, in denen die Eigentumsgarantie mit der Handels- und Gewerbe-

keit" hin, dass es dem Kinoinhaber auch bei "Meinungsfilmen" ausschliesslich oder vorwiegend auf den kommerziellen Erfolg ankomme.

⁹⁹ BGE 42 I 74, 81 f., 87 I 262/268; 96 I 34 und 701, 97 I 122; vgl. dazu ausführlich die kontroversen Artikel von Rehbinden 53 ff. und Huber, Schutz der Werbung, 297 ff. mit vielen Hinweisen, u.a. auf Aubert, Traité no 2009 S. 710 und no 2088 S. 734; Marti, Wirtschaftsfreiheit 63; Lang 35; Frey 112 f.; vgl. auch P.V. Saladin 119 ff.; Burckhardt 513; Fleiner/Giacometti 368; Ludwig 92 ff., 124.

freiheit konkurrierte¹⁰⁰. Im Fall BGE 99 Ia 42 ff. war einer Firma, nach Intervention eines örtlichen Verkehrsvereins, durch den Regierungsrat verboten worden, auf dem Dach des Firmengebäudes eine Reklametafel in der bis dahin üblichen Art und Weise anzubringen. Die betroffene Firma rügte mit staatsrechtlicher Beschwerde unter anderem eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentumsgarantie. Das Bundesgericht bemerkte, Art. 31 BV befreie keinen Grundeigentümer von der Beachtung der Bauvorschriften, räume also Gewerbetreibenden diesbezüglich keine Privilegien ein. Die Firma sei lediglich in ihrer Eigenschaft als Grundeigentümerin betroffen, weshalb die angefochtene Entscheidung des Regierungsrates nach den Grundsätzen der Eigentumsgarantie beurteilt werden müsse. Immerhin sei dabei die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse Gewerbetreibender nicht ausgeschlossen, weil auch baupolizeiliche Eingriffe den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu respektieren hätten¹⁰¹.

GYGI¹⁰² vertritt die Auffassung, das Bundesgericht habe hier festgestellt, dass das fragliche Aufstellen einer Werbetafel vom Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit nicht erfasst werde, was bedeutet, dass eine vorliegende Konkurrenz im weiteren Sinne mittels Tatbestandsabgrenzung gelöst worden wäre¹⁰³. Wäre dem so, hätte das Bundesgericht allerdings nicht darauf hinweisen müssen, dass das angefochtene Verbot keine wirtschaftspolitischen Zwecke verfolge. Im übrigen äussert sich das Bundesgericht nirgends ausdrücklich zur Frage, ob die Handels- und Gewerbefreiheit "betroffen" sei oder nicht¹⁰⁴.

Auch das Zürcher Verwaltungsgericht wurde mit einem Fall konfrontiert, in welchem Handels- und Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie miteinander konkurrierten¹⁰⁵.

Eine zürcherische Gemeinde hatte gestützt auf eine Verordnung des Gemeinderates das ausschliessliche Recht, Plakate auf Gemeindegebiet anzuschlagen, einer Firma X. verpachtet. Bei den Verhandlungen über die Erneuerung des entsprechenden Vertrages verhandelte der Gemeinderat mit der Firma X. darüber, ob diese freiwillig auf den Aushang von Plakaten für alkoholische Getränke und Raucherwaren

100 Venanzoni, Konkurrenz 275 mit Hinweisen auf BGE 99 Ia 48, 80 I 162, 87 I 362 = ZBL 62 (1961) 562.

101 Vgl. auch Huber, ZBJV 110 (1974) 440 ff. Ferner BGE 100 Ia 154, zu welchem Entscheid Huber, ZBJV 111 (1975) 375 kritisch bemerkt, die entsprechende Begründung sei unrichtig. Die Beschwerdeführer hätten keine Erteilung eines Privilegs verlangt, sondern sich gegen das Verbot eines bestehenden, bisher als rechtmässig erachteten Gewerbebetriebes gewandt, was "ganz offenbar" die Handels- und Gewerbefreiheit betreffen könne.

102 Grundrechtskonkurrenz 65 f.

103 Die Schlussfolgerung Gygis, andernfalls hätte das Bundesgericht die Eigentumsgarantie wohl als "höherrangiges" Grundrecht herangezogen, ist keinesfalls zwingend und steht sogar im Widerspruch zu seinen eigenen Aussagen, wonach das Bundesgericht "vielfach mit wortloser Selbstverständlichkeit" so vorgegangen sei, dass es den streitigen Sachverhalt einem von mehreren angerufenen Grundrechten zugeordnet habe, was der vorstehend beschriebenen Lösungsmethode der "Verdrängung" entspricht.

104 A.a.O. 48, Erw. 4.

105 ZBL 80 (1979) 224 ff.

– auf öffentlichem und privatem Grund – verzichte. Die Firma X. lehnte einen solchen Verzicht ab, worauf die Vertragsverhandlungen scheiterten.

Die Firma X. wollte einen Feststellungsentscheid darüber erwirken, dass die Gemeinde nicht berechtigt sei, bei Erneuerung des Konzessionsvertrages über den Plakataushang zu verlangen, dass Alkohol- und Tabakreklamen ausgeschlossen würden.

Soweit der Plakataushang auf öffentlichem Grund betroffen war, stellte das Verwaltungsgericht fest, die Handels- und Gewerbefreiheit könne hier nicht angerufen werden, da die Erteilung einer Sondernutzungskonzession zur Debatte stehe, während nach der neueren Bundesgerichtspraxis eine Berufung auf die Handels- und Gewerbefreiheit nur möglich sei, soweit die Zwecksetzung des öffentlichen Grundes im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauches dies zulasse¹⁰⁶.

Das Recht, auf privaten Grundstücken Plakate auszuhängen stelle, so das Verwaltungsgericht, einen Ausfluss des Eigentums dar und werde durch die Eigentumsgarantie geschützt. Gleichzeitig falle der gewerbsmässig betriebene Plakataushang in den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit. Der in der zugrundeliegenden Verordnung vorgesehene Einbezug der Privatgrundstücke in das öffentliche Plakatswesen der Gemeinde qualifiziere sich als rechtliches Monopol der Gemeinde, welches nur haltbar sei, wenn es vor der Handels- und Gewerbefreiheit standhalte.

In der Folge stellte das Verwaltungsgericht fest, dass im Gegensatz zum BGE 100 Ia 449 ff. das Gebot der gleichmässigen Berücksichtigung der Plakate konkurrierender Unternehmungen, welches – als öffentliches Interesse – eine Monopolisierung des Plakatanschlages gerechtfertigt hätte, in der anwendbaren Verordnung keinen Niederschlag gefunden habe. Andererseits müsse im Anschlagswesen die Preisgestaltung dem freien Spiel von Angebot und Nachfrage überlassen werden. Gründe für eine Monopolisierung seien nicht ersichtlich. Auch ohne Monopol lasse sich durch eine Bewilligungspflicht den verschiedenen polizeilichen Interessen Rechnung tragen. Es fehle damit an einer Rechtsgrundlage für die von der Beschwerdeführerin angestrebte Konzession.

Gerade der zuletzt erwähnte Entscheid deutet an, dass Konkurrenzen im Bereich der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit in der bundesgerichtlichen Praxis nicht mehr „undifferenziert“ behandelt werden. Am deutlichsten drückte dies das Bundesgericht im Entscheid 102 Ia 104 ff. aus, als es im Zusammenhang mit einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen einen kantonalen Beschluss „über das Verfahren bei Schaffung neuer Verkaufsflächen“ feststellte, dieser Beschluss berühre nicht bloss die Eigentumsgarantie, sondern in noch stärkerem Masse die Handels- und Gewerbefreiheit, weshalb er unter dem Gesichtswinkel beider Grundrechte auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen sei¹⁰⁷.

106 A.a.O. 226 f. mit Hinweis auf BGE 101 Ia 480 f.

107 Interessant war dieser Fall besonders wegen der vom Bundesgericht zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentumsgarantie festgestellten Schrankendivergenz; vgl. auch J.P. Müller, ZBJV 114 (1978) 49 ff.

Seinen Auffassungswandel gegenüber der früheren Praxis der “Verdrängung” bestätigte das Bundesgericht auch im Entscheid 103 Ia 586 ff. Ein kantonales Gesetz enthielt Nutzungsbeschränkungen für Rebbaugelände. Eine durch diesen Erlass betroffene Unternehmung der Weinbau- und -handelsbranche erhob eine staatsrechtliche Beschwerde und machte unter anderem eine Verletzung der Eigentumsgarantie (Art. 22ter BV) und der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) geltend.

Zunächst stellte das Bundesgericht fest, das angefochtene Gesetz halte vor der Eigentumsgarantie stand. Zur Frage, ob gleichzeitig neben der Eigentumsgarantie auch die Handels- und Gewerbefreiheit angerufen werden könne, führte das Bundesgericht aus, bis vor kurzer Zeit sei in einem solchen Fall einzig geprüft worden, ob die Eigentumsgarantie verletzt gewesen sei. Traf dies nicht zu, sei auch die Handels- und Gewerbefreiheit als nicht verletzt erachtet worden¹⁰⁸. In neueren Entscheiden habe das Bundesgericht im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung betont, dass die verschiedenen verfassungsmässigen Normen miteinander koordiniert, nicht einander untergeordnet werden müssten¹⁰⁹. Konkret bedeute dies, dass kantonale Bestimmungen auch auf ihre Vereinbarkeit mit anderen verfassungsmässigen Rechten hin überprüft werden müssten, welche die Eingriffsrechte der Kantone beschränkten.

Bezüglich den Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen und an das Verhältnismässigkeitsprinzip erkannte das Bundesgericht zwischen der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit keinen Unterschied. Dagegen stellte es fest, das Problem der öffentlichen Interessen, welche einen Eingriff rechtfertigten, stelle sich bei den genannten Grundrechten verschieden dar. Bei der Eigentumsgarantie könne jedes öffentliche Interesse eine Eigentumsbeschränkung rechtfertigen, sofern das damit angestrebte Ziel nicht rein fiskalischer Art sei und keine weiteren Verfassungsbestimmungen verletzt würden. Dagegen sei es bei der Handels- und Gewerbefreiheit nicht zulässig, mittels wirtschaftspolitischer Massnahmen in die freie Konkurrenz einzugreifen. In der Folge überprüfte das Bundesgericht den angefochtenen Erlass noch speziell auf diesen Punkt hin. Es konnte jedoch keine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit unter diesem Aspekt erkennen, da durch das angefochtene Gesetz keine Unternehmungen bevorzugt wurden.

C) Keine Auflösung des bestehenden Konkurrenzverhältnisses

In gewissen Fällen, in denen das Bundesgericht die “öffentliche Ordnung” als verschiedenen Grundrechten gleichermassen vorbehaltene Schranke betrachtete¹¹⁰, trat es auf eine bestehende Grundrechtskonkurrenz nicht näher ein, offenbar deshalb, weil das Ergebnis des zu beurteilenden Falles unabhängig von der vorgenom-

108 A.a.O. 592, Erw. 3b mit Hinweis auf BGE 100 Ia 145.

109 A.a.O. 592, Erw. 3b mit Hinweis auf BGE 99 Ia 618 und 102 Ia 113 f.

110 Vgl. vorn 46 ff.

menen Subsumtion des Sachverhalts unter das eine oder das andere Grundrecht dasselbe war. Auf diese Weise konnte das Bundesgericht lange Zeit sogar die Frage, ob die Demonstrationsfreiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anzuerkennen sei, offenlassen¹¹¹.

Als dann im Entscheid 100 Ia 392 ff. der Demonstrationsfreiheit dieser Stellenwert ausdrücklich versagt wurde, begnügte sich die staatsrechtliche Kammer mit der Feststellung, eine politische Demonstration sei regelmässig auch eine Betätigung der Meinungsäusserungs- und der Versammlungsfreiheit¹¹², ohne näher auszuführen, in welchem Masse diese beiden Grundrechte, die eben miteinander konkurrierten, zu berücksichtigen seien¹¹³.

In ähnlicher Weise behandelte das Bundesgericht in einem neueren Entscheid eine staatsrechtliche Beschwerde, welche ein Rechtsanwalt gegen eine durch den erweiterten Ausschuss des Appellationsgerichtes Basel-Stadt ausgesprochene Verwarnung wegen Verletzung von Ansehen und Würde des Anwaltsstandes geführt hatte¹¹⁴. Der Anwalt hatte gegenüber einem Klienten in einer Stellungnahme zu einem Begnadigungsgesuch ein Strafverfahren sowie ein Strafurteil einer harten Kritik unterzogen. Darin erblickte der erweiterte Ausschuss des Appellationsgerichtes Basel-Stadt die erwähnte Verletzung der Standesregeln. In seiner staatsrechtlichen Beschwerde machte der Anwalt unter anderem eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit und der Meinungsäusserungsfreiheit geltend. In Abweichung zum Entscheid 98 Ia 56 ff. unterstellte das Bundesgericht die Tätigkeit des Anwalts nicht mehr ausschliesslich der Handels- und Gewerbefreiheit. Obschon gerade die in dieser Hinsicht bedeutsamen Erwägungen 4c bis 4e nicht publiziert wurden, beweist schon die Bemerkung, die weiteren vom Beschwerdeführer angerufenen Verfassungsbestimmungen vermittelten keinen (im Vergleich zur Handels- und Gewerbefreiheit) weitergehenden Schutz, dass das Bundesgericht hier eine echte Konkurrenz zweier Grundrechte anerkannte und quasi stehen liess¹¹⁵.

111 BGE 96 I 291 ff. 224; 99 Ia 693.

112 A.a.O. 401, Erw. 5.

113 Venanzoni, Konkurrenz 276. Bosshart kommt nach ausführlichen Untersuchungen zum Ergebnis, dass Demonstrationen der Versammlungsfreiheit "typologisch" näher stünden als der Meinungsäusserungsfreiheit. Die Versammlungsfreiheit besitze für das Demonstrationsrecht die grössere praktische Bedeutung, da bei Interessenkonflikten meist weniger der Inhalt einer geäusserten Meinung, sondern eher die Methode und der Verlauf einer solchen Manifestation problematisch sei, a.a.O. 43 ff.

114 BGE 103 Ia 426 ff.

115 In der unpublizierten Erwägung dieses Entscheids prüfte das Bundesgericht, wieweit die Meinungsäusserungsfreiheit des Beschwerdeführers gewissermassen selbständig verletzt wurde. Es betonte, dass dieses Grundrecht – wie auch die gleichfalls betroffene Handels- und Gewerbefreiheit – nicht uneingeschränkt gelten könne und insbesondere die Standesordnung der Rechtsanwälte vorbehalte, "sofern und soweit sie im öffentlichen Interesse liegt und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahr"; vgl. auch die kritischen Äusserungen von J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 135 f., ferner Venanzoni, Konkurrenz 277.

D) Die Lösung einer Grundrechtskonkurrenz durch Prüfung einzelner Aspekte des Sachverhalts unter verschiedenen Grundrechten

Ein Vorgehen, wie es in Deutschland vereinzelt als grundsätzliche Lösung für Grundrechtskonkurrenzen vorgeschlagen wurde, nämlich eine Aufteilung des Sachverhalts unter verschiedene, entsprechend einschlägige Grundrechte¹¹⁶, wählte das Bundesgericht im Entscheid 101 Ia 336 ff. Gegen ein durch Volksabstimmung im Kanton Basel-Land angenommenes Gesetz über Spielautomaten und Spiellokale, welches unter anderem das Aufstellen bzw. den Betrieb gewisser Spielautomaten stark einschränkte, erhob der Verband der Schweizerischen Automatenbranche sowie eine Reihe von Einzelpersonen staatsrechtliche Beschwerde.

Welche verfassungsmässigen Rechte die Beschwerdeführer als verletzt betrachteten, geht aus dem Entscheid nicht deutlich hervor. Jedenfalls prüfte das Bundesgericht zunächst, inwieweit das angefochtene Gesetz mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbar war. Diese Frage war für einen Interessentenkreis bedeutsam, welcher aus dem Betrieb der Spielapparate ein Erwerbseinkommen erzielen wollte. Demgegenüber erfasste die Prüfung, wieweit mit dem fraglichen Gesetz die persönliche Freiheit verletzt sei, jenen Kreis von Interessenten, welcher sich die freie Entscheidungsmöglichkeit darüber erhalten wollte, wieweit die persönliche Geschicklichkeit an einem solchen Automaten erprobt werden könne. Obgleich das Bundesgericht die Möglichkeit, mit Geldspielautomaten zu spielen, nicht zu den "elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung" rechnete¹¹⁷, liegt nicht eine gewöhnliche Tatbestandsabgrenzung vor, sondern ein zusammengesetzter – und entsprechend aufteilbarer – Sachverhalt, welcher an das an anderer Stelle angeführte Beispiel jenes Wirtes erinnert, welcher gegen eine verbotene Versammlung in seinem Lokal einerseits als potentieller Teilnehmer und anderseits unter Hinweis auf die Handels- und Gewerbefreiheit Beschwerde führen könnte¹¹⁸. Es scheint indessen, dass das geschilderte Vorgehen des Bundesgerichts nur in ganz spezifischen Fällen möglich ist, bei welchen eine Massnahme in ganz verschiedenen Richtungen Grundrechtsbereiche betrifft, indem – wie im erwähnten Fall – verschiedene Interessentenkreise berührt werden.

E) Anwendung mehrerer Grundrechte auf den gesamten Sachverhalt

Erst in einigen ganz neuen Entscheiden hat das Bundesgericht ausdrücklich die Vereinbarkeit angefochtener Hoheitsakte mit mehreren Grundrechten überprüft. Zu nennen ist hier der bereits ausführlich geschilderte Fall BGE 102 I a 104 ff., in welchem ein "Beschluss über das Verfahren bei Schaffung neuer Verkaufsflächen" im

116 Bachof 169 f., vgl. dazu die Kritik bei Lepa 164.

117 A.a.O. 347, Erw. 7b.

118 Vgl. vorn 40 f.

Kanton Basel-Land unter anderem wegen Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentumsgarantie mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten worden war¹¹⁹. Das Bundesgericht verfuhr dabei in der Weise, dass eine mögliche Verletzung des offensichtlich zur Hauptsache betroffenen Grundrechts untersucht wurde, wonach zusätzlich geprüft wurde, ob "in spezifischer Weise, sei es generell oder aus der Sicht einzelner Betroffener, auch anderweitige Freiheitsrechte" berührt waren¹²⁰. Traf das zu, erklärte es, es seien "die sich daraus ergebenden zusätzlichen Schranken und Wertungsgesichtspunkte bei der verfassungsrichterlichen Überprüfung" zu berücksichtigen¹²¹.

In einem andern Fall¹²² hatte die Beschwerdeführerin eine Druckschrift politischen Charakters ohne die nach kantonalem Hausiergesetz notwendige Bewilligung auf öffentlichem Grund verkauft. Gegen die dafür ausgesprochene Busse wandte sie sich mittels staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht mit der Begründung, die Unterstellung ihrer Tätigkeit unter das Hausiergesetz verletze die Meinungsäusserungsfreiheit. Das Bundesgericht stellte fest – obwohl die Beschwerdeführerin diesbezüglich nichts vorbrachte – ihre Handlungsweise habe auch gewerblichen Charakter, wenn dieser auch gegenüber dem ideellen Zweck des Druckschriftenverkaufs zurücktrete, weshalb sie sich auch auf die Handels- und Gewerbefreiheit hätte berufen können. Wörtlich führte es aus: "Der Umstand, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin *auch* gewerblichen Charakter hat, schliesst die Berufung auf die Pressefreiheit *nicht* aus ... Vielmehr sind die entgegenstehenden Interessen nach allen Seiten hin abzuwägen"¹²³. Im bereits erwähnten Entscheid 103 Ia 586 ff., in dem ein kantonales Rebbaugesetz auf seine Vereinbarkeit mit der Handels- und Gewerbefreiheit und der Eigentumsgarantie überprüft werden musste, ergänzte das Bundesgericht: " ... les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non pas subordonnées ..., de sorte qu'il y a lieu d'examiner si les dispositions cantonales incriminées violent aussi d'autres dispositions constitutionnelles limitant le pouvoir d'intervention des cantons"¹²⁴.

119 Vgl. vorn 45.

120 BGE 102 Ia 113 f.

121 A.a.O. 114, vgl. auch Venanzoni, Konkurrenz 286.

122 Urteil der Staatsrechtlichen Kammer vom 15. Dezember 1976 = ZBl. 78 (1977) 357 ff.

123 A.a.O. 359 mit Hinweisen auf Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, 1950 40 f.; Venanzoni, Grundrechtskonkurrenzen 123 ff.

124 A.a.O. 592 mit Hinweisen auf BGE 99 Ia 618, 102 Ia 113 f.; vgl. vorn 64.

IV Die Forderung nach einem differenzierten Vorgehen zur Lösung von Grundrechtskonkurrenzen

In den eben erwähnten Beispielen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zeigt sich deutlich eine verstärkte Tendenz, Grundrechtskonkurrenzen in jedem Einzelfall differenziert zu behandeln. Dabei wird in diesen durchwegs neueren Entscheiden das Konkurrenzproblem auch offen angesprochen. Positiv zu werten ist, dass das Bundesgericht sich von gewissen starren Formeln — etwa der “Verdrängung” — bei bestimmten Konflikten zu lösen scheint¹²⁵ und bereit ist, den Grad der Beteiligung der möglicherweise einen Sachverhalt betreffenden Grundrechte losgelöst von abstrakten Prinzipien, einzelfallorientiert, festzustellen. Ein solches Vorgehen ist schon deshalb zu begrüßen, weil dadurch künftig mögliche, bisher ungebräuchliche Verhaltensweisen den ihnen gebührenden grundrechtlichen Schutz finden können. So wird heute beispielsweise Werbung und Reklame in den meisten Fällen unter den Schutzbereich der Handels- und Gewerbefreiheit einzuordnen sein. Es wäre aber denkbar, dass bei einem Grossinserat der Werbeeffect gegenüber der darin vermittelten, zum Beispiel wissenschaftlichen, Information nur eine sekundäre Bedeutung einnimmt. In diesem Falle müssten sowohl die Meinungsäusserungs- als auch die Handels- und Gewerbefreiheit berücksichtigt werden¹²⁶.

Dogmatisch schliesst die Forderung nach differenzierter Auflösung von Grundrechtskonflikten, wie sie auch in Deutschland erhoben worden ist¹²⁷, an die als grundlegende Prinzipien der Verfassungsinterpretation erkannten Postulate der “Einheit der Verfassung” und der “praktischen Konkordanz” bzw. “Harmonisierung” an¹²⁸. Insbesondere dieser zweite Grundsatz verlangt, dass bei Konflikten verfassungsrechtlich geschützter Rechtsgüter diese einander so zuzuordnen sind, dass jedes von ihnen realisiert werden kann. Damit verbietet sich jede abstrakte Abwägungsmethode zur Lösung von Grundrechtskonflikten¹²⁹.

125 Vgl. etwa die beiden Entscheide 98 Ia 56 ff. (vorn 58 f.) und 103 Ia 426 ff. (vorn 65). Im ersten Fall hatte das Bundesgericht die Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit eines Rechtsanwaltes nicht speziell geprüft, weil die gerügte Massnahme vor der Handels- und Gewerbefreiheit standhielt, womit das erstere Grundrecht “verdrängt” wurde. Dagegen wurde in BGE 103 Ia 426 ff. die Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit eines Anwaltes selbständig neben der Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit geprüft. Hiezu ferner auch die Behandlung des Kinofilms in BGE 101 Ia 252 ff. (vorn 60); Aubert, *Les droits fondamentaux* 7.

126 Huber, *Schutz der Werbung* 303; vgl. Rehbinders 53 ff.

127 Vgl. vorn 31 ff., 34 ff.

128 K. Hesse 28 f., 132; Häfelin, *Verfassungsgebung* 88 ff.; Scheuner, *Pressefreiheit* 53; Schwacke 87.

129 K. Hesse 28 f.; Zimmermann 70; Huber, *Formenreichtum* 183; Schwacke 87.

4. Kapitel

Die Anerkennung eines "Hauptgrundrechts"

Bei der Suche nach Methoden zur Bewältigung von Grundrechtskonflikten musste in Deutschland immer wieder der Anwendungsbereich von Art. 2 Abs. 1 GG, welcher die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Rahmen der Rechte anderer, der verfassungsmässigen Ordnung und des Sittengesetzes grundrechtlich schützt, gegenüber anderen Grundrechtsbestimmungen abgegrenzt werden. Schwierigkeiten ergaben sich dadurch, dass zahlreiche Tätigkeiten ohne weiteres sowohl dieser "freien Entfaltung der Persönlichkeit" als auch einem anderen Grundrecht zugeordnet werden konnten.

Wie in Deutschland Lehre und Rechtsprechung die Beziehung von Art. 2 Abs. 1 GG zu anderen Grundrechten beurteilt hat, interessiert aus schweizerischer Sicht aus zwei Gründen: Einerseits hat das Bundesgericht verschiedentlich den Schutzbereich des als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannten Grundrechts der persönlichen Freiheit ähnlich weit gefasst wie Art. 2 Abs. 1 GG, womit sich entsprechende Abgrenzungsprobleme stellen. Andererseits fragt es sich angesichts der geplanten Totalrevision der Bundesverfassung, ob neben den bekannten spezifischen Grundrechten die Aufnahme einer grundlegenderen Grundrechtsgarantie in den Grundrechtskatalog sinnvoll wäre.

§ 9 Hauptgrundrecht im deutschen Verfassungsrecht

I Allgemeines

Art. 2 Abs. 1 GG bestimmt: "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst." Der weiten Fassung des Schutzbereiches dieser Norm ist es zu verdanken, dass in der Rechtsprechung und im Schrifttum diese Bestimmung mit verschiedensten Begriffen qualifiziert worden ist¹. Soweit die Grundrechtsqualität von Art. 2 Abs. 1 GG überhaupt bejaht wird, bringen die entsprechenden Begriffsbestimmungen im wesentlichen zum Ausdruck,

¹ Von gewissen Autoren wird Art. 2 Abs. 1 GG die Grundrechtsqualität abgesprochen: Klein in von Mangoldt/Klein, Anm. III 5b zu Art. 2 Abs. 1 GG, 167 ff.; Wertenbruch 481 ff.; Wehrhahn 272. Der überwiegende Teil der Lehre anerkennt aber Art. 2 Abs. 1 GG als Grundrecht, vgl. K. Hesse 174 f., Scholz 80 ff.; Graf 111 f. weist darauf hin, dass eine Verfassungsnorm gleichzeitig mehrere Funktionen, nämlich Einrichtungsgarantie, Grundsatznorm, objektives Recht und subjektives Recht repräsentieren könne; ausführlich im übrigen dazu Nipperdey 741 ff.

dass es sich um “das Grundrecht der allgemeinen und umfassenden Handlungsfreiheit” handelt². Dabei wird die Art. 2 Abs. 1 GG zuerkannte Stellung am grundlegendsten mit dem Begriff “Hauptfreiheitsrecht”³ oder “Hauptgrundrecht”⁴ umschrieben. Zur Hauptsache werden unter diesem Begriff zwei Funktionen unterschieden: diejenige eines “Muttergrundrechtes” und diejenige eines “Auffanggrundrechts”.

II Die Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 GG als Hauptgrundrecht

A) Art. 2 Abs. 1 GG als “Muttergrundrecht”

Ein Teil der deutschen Lehre sieht in Art. 2 Abs. 1 GG eine Grundnorm des Grundrechtskataloges, von welcher sich die nachfolgend garantierten Grundrechte, soweit dabei “der handelnde Mensch, seine Dynamik” in Frage stehe, ableiten liessen. Die Bezeichnung “Muttergrundrecht” sei für diese Bestimmung durchaus treffend, weil dadurch deren Bedeutung als “richtungweisender Obersatz” und “Freiheitsrechtsleitsatz” angesprochen werde⁵.

Die Muttergrundrechtsthese erfreut sich keiner allzu grossen Gefolgschaft. Ihr wird etwa entgegengehalten, dass alle Grundrechte sachlich eigenständige Normbereiche enthielten, welche sich nicht aus einer einheitlichen Substanz ableiten liessen⁶. Auch das Bundesverfassungsgericht geht offensichtlich davon aus, dass die einzelnen Grundrechtsgewährleistungen von vornherein und selbständig neben der persönlichen Entfaltungsfreiheit stehen⁷. Dies lässt sich dem grundlegenden Entscheid 6,32 ff. entnehmen:

Einem Beschwerdeführer war die Verlängerung seines Reisepasses unter Hinweis auf eine Bestimmung des Gesetzes über das Passwesen vom 4. März 1952 verweigert worden. Diese Bestimmung verbietet die Ausstellung eines Passes, wenn angenommen werden muss, dass der Antragsteller als Inhaber eines Passes die innere oder die äussere Sicherheit oder sonstige erhebliche Belange der Bundesrepublik Deutschland

2 E. Hesse 49 mit einer Übersicht über solche Begriffe in Anm. 8; ebenso Nipperdey 758 Anm. 67; ferner Leibholz/Rinck, Anm. 2 zu Art. 2 Abs. 1 GG; BVerfGE 6, 32 (40) f., kritisch zu dieser extensiven Interpretation von Art. 2 Abs. 1 GG: K. Hesse 173 ff.; vgl. ferner die Literaturübersicht bei Scholz 80 f., Anm. 1.

3 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 6 zu Art. 2 Abs. 1 GG; K. Hesse 174; Nipperdey 758; Scholz 82; Grabitz 113 f.; Graf 112 ff.

4 Scholz 85.

5 Nipperdey 760 mit Hinweisen; von Mangoldt/Klein, Anm. III 5b, S. 167; vgl. auch Huber, Die persönliche Freiheit 113 ff.

6 F. Müller, Normbereiche 13; derselbe, Methodik 38, wo es heisst: “Die Grundrechte erscheinen als besondere Sicherungen gegenständlich begrenzter sozialer Segmente. Sie bilden ein Nebeneinander sachlicher Freiheitsgarantien, die sinnvoll aufeinander zu beziehen, nicht aber aus einer einheitlichen Substanz, etwa aus Art. 2 Abs. 1 GG als einem ‘Muttergrundrecht’ abzuleiten sind.”

7 Scholz 114 mit Hinweisen in Anm. 182 f.

oder eines deutschen Landes gefährdet. Nach Ansicht des Beschwerdeführers waren die Art. 2, 3, 5, 6 und 11 GG verletzt worden.

Das Bundesverfassungsgericht stellte zunächst fest, Art. 11 Abs. 2 GG gewähre wohl die innerstaatliche Freizügigkeit, enthalte aber kein Grundrecht auf freie Ausreise. Die Ausreisefreiheit genieße aber im Rahmen der in Art. 2 Abs. 1 GG garantierten allgemeinen Handlungsfreiheit grundrechtlichen Schutz⁸.

Danach umriss das Bundesverfassungsgericht grundlegend das Verhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und den übrigen Grundrechten des Grundgesetzes. Es hielt fest, dass neben der in Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche, die nach geschichtlicher Erfahrung dem Zugriff der öffentlichen Gewalt besonders ausgesetzt seien, durch besondere Grundrechtsbestimmungen geschützt werde. Soweit ein bestimmter Lebensbereich nicht selbständig grundrechtlich gesichert werde, könne sich jemand bei Eingriffen der öffentlichen Gewalt in seine Freiheit auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen⁹.

Von anderer Seite wird gegen die Auffassung, Art. 2 Abs. 1 GG bilde ein Muttergrundrecht, ins Feld geführt, dies sei auch aus einer historischen Betrachtungsweise heraus abzulehnen, da einerseits das "Mutterrecht" nicht als zeitlich erstes Grundrecht gewährleistet worden sei und andererseits alle andern Grundrechte die Freiheit menschlicher Betätigung für bestimmte Lebensbereiche sicherten, welche sich nach geschichtlichen Erfahrungen als durch Zugriffe der öffentlichen Gewalt besonders gefährdete, voneinander aber unabhängige Bereiche erwiesen hätten¹⁰.

B) Art. 2 Abs. 1 GG als "Auffanggrundrecht"

Weitaus verbreiteter als die Ansicht, Art. 2 Abs. 1 GG bilde ein "Muttergrundrecht", ist die Meinung, diese Bestimmung entspreche einem "Auffanggrundrecht"¹¹. Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, im Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes sei ein "lückenloses Wert- und Anspruchssystem" verwirklicht¹². Die

8 Im Entscheid 35,382 ff. (399) bestätigte das Bundesverfassungsgericht diese Erwägung, indem es festhielt, die Beschränkung des Grundrechts der Freizügigkeit (Art. 11 GG) auf Deutsche und auf das Bundesgebiet schliesse nicht aus, auf den Aufenthalt von Menschen in der Bundesrepublik auch Art. 2 Abs. 1 GG anzuwenden.

9 A.a.O. 36 f.

10 E. Hesse 51 mit Hinweisen, unter anderem auf den erwähnten BVerfGE 6, 32 ff. Bachof 168 bemerkt, dass die speziellen Grundrechte gleichwohl in einem "ideellen" Zusammenhang zu Art. 2 Abs. 1 GG stünden, da sie in gewisser Weise Konkretisierungen jenes umfassenden Rechts seien und von ihm her ihre Deutung und nähere Bestimmung erfahren müssten.

11 Wintrich 1 ff., 8; Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 6 zu Art. 2 Abs. 1 GG; Nipperdey 759 ff.; Scholz 112 ff. mit Hinweisen; E. Hesse 60 ff.; J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 142 ff.

12 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 13 zu Art. 1 Abs. 1 GG; K. Hesse 129 bei Anm. 35, 174 bei Anm. 68 (mit Kritik an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes).

einzelnen spezifischen Grundrechte verbürgen gemäss dieser Anschauung den Schutz einiger bestimmter historischer Gefährdungen der Freiheit, ohne dass ihnen hierfür ein Ausschliesslichkeitsanspruch zukommt. Daneben schützt Art. 2 Abs. 1 GG als Auffangrecht vor allen aktuell werdenden weiteren Gefährdungen der menschlichen Freiheit¹³. Die einzelnen Grundrechtsgarantien werden damit im Verhältnis zu Art. 2 Abs. 1 GG zu „*leges speciales*“¹⁴.

Art. 2 Abs. 1 GG tritt also in jedem Fall zurück, bei dem gleichzeitig ein anderes Grundrecht anwendbar ist, weil dann der in Frage stehende Freiheitsgehalt thematisch durch das spezielle Grundrecht quasi „verbraucht“ wird¹⁵. Raum für die effektive Anwendung von Art. 2 Abs. 1 GG bleibt – entsprechend dieser Auffassung – nur dort, wo denkbare „Entfaltungsmöglichkeiten der Persönlichkeit“¹⁶ thematisch von keinem Grundrecht erfasst werden, dennoch aber grundrechtlich schützenswert erscheinen. Damit erhält Art. 2 Abs. 1 GG den Stellenwert eines „subsidiären und supplementären Generalfreiheitsrechts“¹⁷, einer „Komplementärgarantie“¹⁸ oder – so die am häufigsten verwendete Bezeichnung – eines „Auffanggrundrechts“ für unbenannte oder „Innominatfreiheiten“¹⁹. In dieser Funktion erlangte Art. 2 Abs. 1 GG zum Beispiel im Bundesverfassungsgerichtsentscheid 6, 32 ff. praktische Bedeutung, als das Gericht erklärte, Art. 11 GG gewährleiste zwar die Freizügigkeit im ganzen Bundesgebiet, dagegen sei darin nicht auch das Recht der freien Ausreise mitenthalten. Wörtlich führte es aus: „Dennoch entbehrt die Ausreisefreiheit als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit nicht eines angemessenen grundrechtlichen Schutzes“²⁰.

Die vom Bundesverfassungsgericht angewandte und vom überwiegenden Teil der herrschenden Lehre befürwortete „Auffanggrundrechts“-These wurde verschiedentlich kritisiert. Einerseits wird darauf hingewiesen, die historische, punktuelle Entwicklung der einzelnen Freiheitsgarantien verbiete die Annahme eines solcherart

13 Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 8b aa) zu Art. 2 Abs. 1 GG; Willke 29 f.; Wittig 580; K. Hesse 173 f. mit Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts; BVerfGE 6, 32 (36).

14 Vgl. die Hinweise auf die entsprechende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes bei K. Hesse 129, Anm. 31.

15 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 6 zu Art. 2 Abs. 1 GG mit Hinweisen, ferner Randnr. 8 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

16 E. Hesse 60.

17 Scholz 112. Das Bundesverfassungsgericht anerkennt ein „Verhältnis der Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG zur Spezialität der Einzelfreiheitsrechte“, BVerfGE 30, 173 (192) mit Hinweisen (Mephisto-Beschluss, vgl. auch vorn 18 f.).

18 Nipperdey 762.

19 E. Hesse 60; Wehrhahn 253 ff.; Nipperdey 760 ff.; Scholz 112 ff.; Rüfner, Überschneidungen 41 mit dem Hinweis in Anm. 1, dass die Auffassung Giacomettis, wonach auch im Bereich der schweizerischen Bundesverfassung jede praktisch werdende Freiheit zu schützen sei, im Ergebnis dieser Rolle von Art. 2 Abs. 1 GG entspreche; Scholz, 114 f. weist darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht die Subsidiarität von Art. 2 Abs. 1 GG „nicht sehr einheitlich, sowie nicht ohne Widersprüche“ handhabe.

20 A.a.O. 36.

lückenlosen Grundrechtssystems²¹, andererseits würde mit Annahme eines solchen Systems die Eigenart grundrechtlicher Freiheit verkannt, die mehr sei als das Recht, das zu tun, was nicht verboten sei²². Im übrigen würden einzelne "benannte" Grundrechte, welche unter einfachem Gesetzesvorbehalt stehen, geradezu überflüssig²³.

Aus dem Auffangcharakter von Art. 2 Abs. 1 GG ergibt sich in bezug auf Ausländer ein besonderes Problem, welches in der deutschen Literatur zu einer eigentlichen Streitfrage geworden ist. Einzelne Grundrechte, etwa Art. 11 GG (Freizügigkeit), Art. 12 Abs. 1 GG (Berufswahlfreiheit) und Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinsfreiheit), stehen ausdrücklich nur Deutschen zu. Es stellt sich daher die Frage, ob sich Ausländer für Tätigkeiten, welche für Deutsche spezifisch grundrechtlich geschützt sind, auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen können. Besondere Bedeutung erlangen dabei die in Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber den erwähnten Grundrechten unterschiedlich formulierten Beschränkungsmöglichkeiten. Dürig, welcher sich gegen einen "Rückgriff" von Ausländern auf Art. 2 Abs. 1 GG wendet, begründet seine Ansicht mit dem "merkwürdigen" Resultat, dass Deutsche gemäss Art. 12 Abs. 1 GG bezüglich der Berufsfreiheit einem "weiten Regelungsvorbehalt" unterfielen, während Ausländer in ihrer Berufsfreiheit "unter den drei gegenständlich umschriebenen (also engeren) Schranken vorbehalten des Art. 2 I GG beeinträchtigt werden dürften"²⁴. Demgegenüber hat das Bundesverfassungsgericht im Entscheid 35, 382 ff. den Ausländern über das "allgemeine Menschenrecht" des Art. 2 Abs. 1 GG mittelbar den gleichen Grundrechtsschutz, wie er den Deutschen in Art. 11 GG gewährt wird, zuerkannt²⁵.

Im erwähnten Entscheid 35, 382 ff. war zu beurteilen, ob die Anordnung des sofortigen Vollzuges einer gegenüber ausländischen Studenten ausgesprochenen Ausweisungsverfügung, welche sich auf die einschlägigen Bestimmungen des Ausländergesetzes vom 28. April 1955 abstützte, Grundrechte der Betroffenen verletzte. Das Bundesverfassungsgericht hiess die Beschwerden gut. Es stellte fest, dass die Beschränkung des Anwendungsbereiches von Art. 11 GG – Freizügigkeit für Deutsche auf Bundesgebiet – nicht ausschliesse, den Ausländern gestützt auf "das allgemeine Menschenrecht" von Art. 2 Abs. 1 GG einen entsprechenden Grundrechtsschutz zu gewähren, welcher im Rahmen dieser Bestimmung, besonders unter Beachtung der "verfassungsmässigen Ordnung", eingeschränkt werden könne²⁶.

Art. 19 Abs. 4 GG enthalte ausserdem den sich aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip ergebenden Grundsatz des angemessenen Rechtsschutzes, welcher in vollem

21 K. Hesse, 128 ff., 174 ff. Willke, 29 f., betont, dass durch Art. 2 Abs. 1 GG gerade die Annahme eines *geschlossenen* Systems vermieden werde, weil diese Bestimmung über punktuelle Gewährleistungen hinaus "prophylaktisch und prospektiv" möglichen neuen Gefährdungen vorbeue.

22 K. Hesse 174 f.

23 K. Hesse 174 f.

24 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 66 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

25 A.a.O. 399; Scholz 118 mit Hinweisen auf die kontroversen Stellungnahmen im deutschen Schrifttum in Anm. 207; vgl. auch Bleckmann 278; Blaesing 110; E. Hesse 56 bei Anm. 44 und besonders Nipperdey 776 ff.

26 A.a.O. 399.

Umfang auch für Ausländer gelte. Der durch diese Bestimmung gewährte Schutz werde illusorisch, wenn Verwaltungsbehörden irreparable Massnahmen anordneten, bevor Gerichte deren Rechtmässigkeit geprüft hätten. Nur überwiegende öffentliche Belange könnten es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen; dies könne nur ausnahmsweise geschehen.

Im konkreten Fall lagen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes die erforderlichen Voraussetzungen nicht vor²⁷ weshalb die Beschwerden grundsätzlich gutgeheissen wurden.

C) Eigenständiger Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG

SCHOLZ entnimmt der Praxis des Bundesverfassungsgerichts, dass dem Art. 2 Abs. 1 GG nebst seiner Bedeutung als gegenüber den im Grundgesetz nachfolgend garantierten Grundrechten allgemeines Grundrecht und als "Auffangrecht" für "unbenannte" Freiheiten auch noch eine dritte Funktion zugestanden wird: die eines "spezialen Freiheitsrechts" in Bereichen ausschliesslicher Anwendbarkeit innerhalb der Persönlichkeitsrechte und der Privatsphäre²⁸. In diesem Bereich sei dann auch eine "echte Konkurrenz" ("Idealkonkurrenz") zu anderen Grundrechten denkbar²⁹. Namentlich habe das Bundesverfassungsgericht im Fall 35, 35 ff., bei dem die Kontrolle von Briefen zwischen Ehegatten, von denen sich einer in Untersuchungshaft befunden habe, ausschliesslich Art. 2 Abs. 1 GG herangezogen³⁰.

Der angesprochenen Entscheidung lag die folgende Problemstellung zugrunde: Ein Beschwerdeführer hatte eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG (Meinungsfreiheit) geltend gemacht, weil ein Brief, den er aus der Untersuchungshaft an seine Ehefrau gerichtet hatte, wegen beleidigender Äusserungen gegen das Gericht beschlagnahmt worden war. Das Bundesverfassungsgericht hiess die Beschwerde gut. Es erachtete Art. 2 Abs. 1 GG (auf welche Bestimmung sich der Beschwerdeführer gar nicht berufen hatte) als verletzt. Das Bundesverfassungsgericht führte dabei aus, das Grundgesetz gewähre dem Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung, der der Einwirkung der öffentlichen Gewalt entzogen sei. Das verfassungskräftige Gebot der Achtung der Intimsphäre des Einzelnen habe seine Grundlage in dem durch Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Staatliche Massnahmen seien nur zulässig, soweit sie im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgebotes

27 A.a.O. 403 ff.

28 A.a.O. 122, 288 ff.

29 A.a.O. 116 mit Hinweisen unter anderem auf BVerfGE 25, 230 (234); 27, 6 ff.; 27, 350 ff.; 30, 194 ff.; 34, 135 f.; 34, 238 (245 ff.); 34, 269 (281 f., 291); 39, 341 (343); 35, 35 (39 f.); 35, 202 (220 ff.).

30 A.a.O. 116; vgl. auch BVerfGE 13, 296; Nipperdey 826 ff. 832, anerkennt ein "allgemeines Persönlichkeitsrecht", das durch Art. 1 Abs. 1 und 2 GG grundrechtlich geschützt sei.

getroffen würden, soweit sie nicht den unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung beeinträchtigten³¹. Im Ergebnis hiess das Bundesverfassungsgericht die Beschwerde gut.

Im Entscheid 35,202 ff. hatte das Bundesverfassungsgericht im wesentlichen zu beurteilen, ob die geplante Ausstrahlung eines Dokumentarspiels im Fernsehen, welches ein wirklich geschehenes Gewaltverbrechen zum Inhalt hatte, in rechtswidriger Weise die Persönlichkeitsrechte eines der beteiligten Verbrecher beeinträchtigte, da unter anderem dessen Name im Fernsehspiel wiederholt genannt worden wäre. Das Bundesverfassungsgericht hatte den Standpunkt des beschwerdeführenden Mittäters gegen die Freiheit der Berichterstattung durch den Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) abzuwägen, also eine Grundrechtskollision zu lösen.

Es stellte fest, die geplante Sendung über die Entstehung, Ausführung und Verfolgung der Straftat unter Namensnennung, Abbildung und Darstellung des Straftäters berühre zwangsläufig den Schutzbereich seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und die Menschenwürde sicherten jedem Einzelnen einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren könne.

Hierzu gehöre namentlich das Recht, in diesem Bereich "für sich zu sein", "sich selber zu gehören"³², ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschliessen. Dies umfasse das Recht am eigenen Bild und am gesprochenen Wort, erst recht aber das Verfügungsrecht über Darstellungen der Person. Wörtlich hielt das Bundesverfassungsgericht fest: "Jedermann darf grundsätzlich selbst und allein bestimmen, ob und wie weit andere sein Lebensbild im ganzen oder bestimmte Vorgänge aus seinem Leben öffentlich darstellen dürfen."

Eine Abwägung gegenüber dem diesem Standpunkt entgegenstehenden Interesse an der Ausstrahlung der geplanten Fernsehsendung führte — selbst unter Berücksichtigung der in Art. 5 Abs. 1 und 3 GG gewährten Grundrechte — im Ergebnis dazu, dass dem Interesse des Beschwerdeführers der Vorrang zukam und die Ausstrahlung der geplanten Sendung unterbleiben musste.

Auch K. HESSE will zur Vermeidung der von ihm aufgezählten Probleme eines "Auffanggrundrechts"³³ Art. 2 Abs. 1 GG restriktiv interpretieren und diese Bestimmung als eine — jeweils spezifisch zu konkretisierende — "Gewährleistung der engeren persönlichen, freilich nicht auf rein geistige und sittliche Entfaltung" beschränkte Lebenssphäre betrachten. Diese Interpretation entspreche der Eigenart der Grundrechte als subjektive Rechte und als punktuelle Gewährleistungen besonders wichtiger gefährdeter Bereiche³⁴. Der grössere Teil der deutschen Lehre sieht aber gerade in der Aktualisierung solcher Persönlichkeitsrechte, die eben doch

31 A.a.O. 39 f.

32 A.a.O. 219 f. unter Berufung auf A. Arndt, NJW 1967 1845 ff.

33 Vgl. vorn 72 f.

34 A.a.O. 175 mit Hinweisen in Anm. 76; vgl. auch grundlegend Peters, Freie Entfaltung 15 ff., 47 ff.

vor allem deshalb unter den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG fallen, weil sie durch kein "spezielles" Grundrecht geschützt sind, die Bestätigung des Auffangcharakters dieser Norm³⁵. Nach dieser Ansicht bleibt auch der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG weiterhin offen, um der "*veränderten soziologischen Situation* mit ihren früher unbekannten Freiheitsverletzungen durch moderne Technik und modernes Massendasein" Rechnung zu tragen³⁶. Gleichzeitig wird damit vermieden, dass der Persönlichkeitsbegriff typisiert bzw. standardisiert werden muss, um die "Freiheitsgewährleistung" an die Erfüllung der Merkmale eines genormten Persönlichkeitsbegriffs zu knüpfen³⁷.

§ 10 Die persönliche Freiheit als Hauptgrundrecht im schweizerischen Verfassungsrecht

I Die Anerkennung der persönlichen Freiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht

Nachdem das Bundesgericht lange Zeit Gehalt und Umfang der persönlichen Freiheit aus den jeweils betroffenen Kantonsverfassungen herauserschöpfen musste und dabei namentlich die Bewegungsfreiheit – noch stärker als die körperliche Unversehrtheit – schützte³⁸, wurde im Entscheid 89 I 92 ff. die persönliche Freiheit als ungeschriebenes bundesverfassungsmässiges Recht anerkannt. Im zu beurteilenden Fall gewährleistete der betroffene Kanton die persönliche Freiheit in seiner Verfassung nicht ausdrücklich. Das Bundesgericht folgte inhaltlich seiner bisher anhand des jeweiligen kantonalen Verfassungsrechtes gepflegten Tradition und umschrieb die persönliche Freiheit als "physische" Freiheit, also als Freiheit über den eigenen Körper³⁹. Diese Freiheit sei Voraussetzung für die Ausübung aller andern Freiheitsrechte und bilde damit einen unentbehrlichen Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes. Schon im darauffolgenden Jahr erweiterte es die Umschreibung der persönlichen Freiheit, welche nun nebst der Bewegungsfreiheit und der körperlichen Unversehrtheit dem Menschen auch die ihm eigene Fähigkeit, eine Situation

35 Vgl. vor allem Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 33 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG.

36 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 33 zu Art. 2 Abs. 1 GG.

37 E. Hesse 25 mit Hinweis. F. Müller, Normbereiche 16, erkennt einen sich durch die Rechtsprechung allmählich konsolidierenden Normbereich von Art. 2 Abs. 1 GG in dessen Bedeutung als Auffangrecht. Nipperdey 836 f. betont, der Kreis der Persönlichkeitsrechte, welche den Eigenwert der (durch Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG geschützten) Persönlichkeit ausmachen, entziehe sich "einer typischen, schematischen und kasuistischen Festlegung". Jede Enumeration einzelner Persönlichkeitsrechte aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht heraus bleibe Stückwerk; vgl. auch Berg 128.

38 Huber, Die persönliche Freiheit 113.

39 A.a.O. 97 f.; Huber, Die persönliche Freiheit 114.

zu würdigen und sich dementsprechend zu verhalten, gegen jegliche Zugriffe grundrechtlich geschützt⁴⁰.

Eine wiederum erweiterte Umschreibung der persönlichen Freiheit findet sich im Entscheid 97 I 45 ff. Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob angesichts der persönlichen Freiheit einer Untersuchungsgefangenen, welche sich geweigert hatte, Klebearbeiten auszuführen, im Sinne einer Disziplinar massnahme Malutensilien zur Freizeitgestaltung vorenthalten werden durften. Es führte dazu aus: "Die ... institutionell verstandene persönliche Freiheit gewährleistet ... als verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz alle Freiheiten, welche elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen; sie bietet auf diese Weise einen umfassenden Grundrechtsschutz, der sich auf den Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmässig gewährleisteten Freiheitsrechte entscheidend auswirkt. Die persönliche Freiheit in diesem Sinne ist zwar mit den andern Freiheitsrechten der Verfassung nicht identisch und kann deshalb grundsätzlich nicht zum Schutz gegen Beschränkungen derselben angerufen werden (BGE 88 I 272); sie gilt indessen als notwendige Voraussetzung für deren Ausübung und wirkt überdies als unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht in dem Sinne komplementär, als sich der Bürger in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit auf sie berufen kann"⁴¹.

II Die persönliche Freiheit als "Muttergrundrecht"?

Die Umschreibung der persönlichen Freiheit als Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte und als komplementäres Grundrecht erinnert stark an die deutsche Lehre und Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG. HUBER⁴² weist in seiner massiven Kritik an der aufgezeigten Entwicklung der persönlichen Freiheit namentlich darauf hin, dass im deutschen Grundgesetz die persönliche Entfaltungsfreiheit – in der herrschenden Lehre als Auffangrecht anerkannt – deutlich gegenüber dem

40 BGE 90 I 29 ff., kritisch Huber, Die persönliche Freiheit 115. Insbesondere erachtet es Huber, welcher in der vorgenommenen Erweiterung der persönlichen Freiheit eine Art "philosophische" Freiheit erblickt, für unnötig, gerade im gegebenen Fall, in welchem der Beschwerdeführer sich geweigert hatte, sich für die Untersuchung eines von ihm verschuldeten Verkehrsunfalles nochmals zu betrinken, die persönliche Freiheit auf eine neue Weise zu umschreiben, weil der gerügte Eingriff durchaus eine richtig verstandene körperliche Integrität betroffen hatte; im gleichen Sinn auch Huber, ZBJV 101 (1965) 335.

41 A.a.O. 49 f., im wesentlichen bestätigt in BGE 97 I 842, wo noch ergänzend festgestellt wird, der Bürger werde "in seiner Freiheit, über seine Lebensweise zu entscheiden, insbesondere seine Freizeit zu gestalten, Beziehungen zu seinen Mitmenschen anzuknüpfen und sich Kenntnis über das Geschehen in seiner näheren und weiteren Umgebung zu verschaffen", geschützt. Dabei blieb allerdings, wie Haller, 129, Anm. 58 richtig feststellt, die Informationsfreiheit unerwähnt.

42 Die persönliche Freiheit 118 f.

Recht auf körperliche Unversehrtheit abgegrenzt sei, wogegen das Bundesgericht offenbar demselben Grundrecht beide Funktionen zugedacht habe. Auf die mögliche Rolle der persönlichen Freiheit als dem Art. 2 Abs. 1 GG angenähertes "Auffangrecht" wird anschliessend noch einzutreten sein.

Problematisch erscheinen die Äusserungen des Bundesgerichts, wonach die persönliche Freiheit "verfassungsrechtlicher Leitgrundsatz" sei und sich auf die übrigen verfassungsmässigen Rechte entscheidend auswirke. Damit nähert sich die persönliche Freiheit einem den anderen Grundrechten zugrundeliegenden "Urgrundrecht von unbeschränktem Umfang"⁴³ an, welches die Züge des deutschen "Muttergrundrechtes" trägt⁴⁴. Während J.P. MÜLLER die Bedeutung dieser bundesgerichtlichen Formulierung darin erblickt, dass "der personale Kern der Freiheitsrechte wieder stärker ins Zentrum gerückt" werde, nachdem das schweizerische Grundrechtsdenken allzusehr an der wirtschaftlichen und an der Eigentumsfreiheit orientiert gewesen sei⁴⁵, erkennt HUBER kein hinreichendes Bedürfnis für eine solche Auswirkung auf andere Freiheitsrechte. Zunächst entstamme die Vorstellung, die Einzelfreiheitsrechte seien aus einem "abstrakten Prinzip" oder einem Hauptgrundrecht herzuleiten, dem "Denkkreis der deutschen zivilistischen Kodifikation". Schliesslich aber könne den Einzelfreiheitsrechten, welche im Laufe der Zeit "aufgrund einer Sinnerwartung und eines Vorverständnisses" und in ihrer "Bezogenheit auf die ... 'zugehörige' soziale Wirklichkeit" genügend Konkretisierung erfahren haben, aus einem solchen Hauptfreiheitsrecht nichts mehr zugeführt werden⁴⁶. Ähnlich argumentieren ja — wie gezeigt — auch die Kritiker der deutschen "Muttergrundrechts"-These. Noch viel ausgeprägter als in Deutschland stellen in der Schweiz die einzelnen Grundrechte "Sicherungen gegenständlich begrenzter sozialer Segmente" dar⁴⁷, eben punktuelle Garantien ehemals besonders gefährdeter Bereiche, welche nicht aus einer einheitlichen Substanz abzuleiten sind⁴⁸.

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung einige Grundrechte, welche "ebenso sehr um der öffentlichen Ordnung willen wie zum Schutz des Einzelnen verfassungsmässig gewährleistet sind" und die dem Einzelnen um "seiner Persönlichkeit willen" zustehen, als unverzichtbar und unverjährbar erklärt⁴⁹. Dazu gehören die Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV), die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Kultusfreiheit (Art. 49 und 50 BV), die persönliche Freiheit, das Verbot des Schuldverhaftes (Art. 59 Abs. 3 BV) und das Verbot der körperlichen Strafen (Art. 65 Abs. 2 BV)⁵⁰.

43 Häfelin, Fortbildung 28.

44 Mastronardi 74, Anm. 30, weist zu Recht darauf hin, dass eventuell die französische Sprache dem Entscheid eine abstraktere Bedeutung verleiht, als effektiv beabsichtigt war; ferner auch Bosshart 63.

45 Bemerkungen 223.

46 Die persönliche Freiheit 120.

47 F. Müller, Methodik 38; derselbe, Normstruktur 204 f.; J.P. Müller, Bemerkungen 223 f., besonders Anm. 16.

48 Siehe vorn 75 bei Anm. 34.

49 BGE 88 I 260 ff.; Leuenberger 17 ff., 29 ff.

50 Leuenberger 17; vgl. hinten 120 ff.

MASTRONARDI erblickt in der Lehre der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte eine "entscheidende" Auswirkung der persönlichen Freiheit auf die übrigen Grundrechte⁵¹, da seiner Ansicht nach ausschliesslich Grundrechte in diesem Katalog Aufnahme gefunden haben, welche als Konkretisierung des Verfassungsgrundsatzes der Menschenwürde erscheinen. Jedenfalls seien diese Grundrechte in erhöhtem Mass persönlichkeitsbezogen, da sie "elementare Voraussetzungen einer menschenwürdigen körperlichen und geistigen Existenz" schützten. Dem widerspricht allerdings die — zeitlich übrigens vor der Anerkennung der persönlichen Freiheit im hier behandelten Sinn vorgenommene — bundesgerichtliche Begründung für die Anerkennung unverzichtbarer und unverjährbarer Grundrechte. Fragen müsste man sich allerdings, worin der all diesen Grundrechten innewohnende höhere Gehalt an Menschenwürdesubstanz — etwa gegenüber der Meinungsäusserungsfreiheit — bestehen soll⁵². Die Anerkennung unverzichtbarer und unverjährbarer Grundrechte erscheint keineswegs unproblematisch und offensichtlich auch nicht konsequent⁵³.

Schliesslich bleibt noch zu erwähnen, dass das Bundesgericht bezüglich seiner Formel, die persönliche Freiheit wirke sich auf die übrigen Grundrechte "entscheidend" aus, bis heute die Erklärung schuldig geblieben ist, welche praktischen Konsequenzen sich daraus ergeben⁵⁴.

III Persönliche Freiheit als "Auffanggrundrecht"?

A) Allgemeines

Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung wiederholt festgehalten, die persönliche Freiheit wirke gegenüber den anderen Grundrechten "in dem Sinne komplementär, als sich der Bürger in Fällen, in denen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht in Frage steht, zum Schutz seiner Persönlichkeit und Menschenwürde" auf diese berufen könne⁵⁵.

In einem anderen Zusammenhang bezeichnete das Bundesgericht die persönliche Freiheit im Verhältnis zu den andern Grundrechten als "subsidiär", weshalb sie nicht mehr zur Anwendung gelangen könne, wenn Beschränkungen eines anderen Grundrechts in Frage stünden. Eine subsidiäre und eine komplementäre Funktion bringt die Bemerkung zum Ausdruck, die persönliche Freiheit gewährleiste subsidiär

51 A.a.O. 76 f., insbesondere Anm. 35.

52 In diesem Sinne auch Saladin, Grundrechte im Wandel 292.

53 Leuenberger 83 ff.

54 A. Grisel, La liberté personnelle 567; vgl. im übrigen die Bestätigung dieser Praxis in BGE 100 Ia 189 ff., 193, Erw. 3b.

55 BGE 97 I 45 ff., 49 f.; ebenso 100 Ia 189 ff., 193, Erw. 3b; auch die zusammenfassende Würdigung der Bundesgerichtspraxis in BGE 104 Ia 35 ff., 40, Erw. 5a; sinngemäss bestätigt in BGE 106 Ia 33 ff., 34 f., Erw. 3.

– sofern keine anderen Freiheitsrechte in Frage stehen – “alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen darstellen”⁵⁶. Dies gelte unabhängig von einer erweiterten (das heisst, nicht auf die Bewegungsfreiheit und körperliche Unversehrtheit beschränkten) Auffassung der persönlichen Freiheit⁵⁷.

Die Anerkennung der persönlichen Freiheit als “komplementäres” Grundrecht erinnert an das “Auffangrecht” des Art. 2 Abs. 1 GG⁵⁸, auch wenn das Bundesgericht hervorhebt, diese weite Fassung der persönlichen Freiheit entspreche nicht der These GIACOMETTIS, wonach die Verfassung – unter Vorbehalt ausdrücklicher Ausnahmen – überhaupt jede individuelle Freiheit gewährleiste, die durch den Staat je verletzt werden könnte⁵⁹, und sie stelle auch keine allgemeine Handlungsfreiheit dar⁶⁰. J.P. MÜLLER siedelt den vom Bundesgericht in 97 I 45 ff. umrissenen “Persönlichkeitsbereich” im “weithin unbestimmten Grenzgebiet zwischen den Extremen einer ganz allgemeinen Handlungsfreiheit und dem besonders von der Gewissensfreiheit anvisierten Kernbereich geistiger Existenz” an und begrüsst gleichzeitig die “personale Orientierung” des Grundrechts⁶¹. Diese letztere verhindere eben das Abgleiten in eine allgemeine Handlungsfreiheit, welche Gefahr laufe, konturlos zu werden und eines generellen Gesetzesvorbehalts bedürfe⁶².

B) Praktische Bedeutung der persönlichen Freiheit als komplementäres Grundrecht

In der Funktion als komplementäres Auffangrecht, das dem Bürger in Fällen, in welchen kein dem geschriebenen oder ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörendes Freiheitsrecht die Persönlichkeit und Menschenwürde grundsätzlich sichert, hat die persönliche Freiheit bis heute kaum praktische Bedeutung erlangt⁶³. Das Bundesgericht selber sieht eine solche Bedeutung der persönlichen Freiheit in seiner

56 BGE 101 Ia 336 ff. mit Hinweisen.

57 A.a.O. 346 f.; damit entzog sich das Bundesgericht einer Auseinandersetzung mit der kritischen Stellungnahme Hubers (Die persönliche Freiheit 113 f.).

58 Siehe vorn 71 ff.; Wildhaber, Projekt 248.

59 BGE 97 I 45 ff., 49 mit Hinweisen, u.a. auf Giacometti, Kodifikation 149 ff.

60 BGE 102 Ia 325; Mastronardi 87, Anm. 13; Saladin, Grundrechte im Wandel, Vorwort XIII.

61 J.P. Müller, Bemerkungen 216 f., Anm. 4.

62 A.a.O. 116 f. J.P. Müller weist dabei namentlich auf die dargestellte Kontroverse hin, welche in Deutschland bezüglich Art. 2 Abs. 1 GG besteht: allgemeine Handlungsfreiheit oder enger gefasstes Grundrecht im Kernbereich des Persönlichkeitsrechts? Vgl. auch J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 144 f., wo Art. 2 Abs. 1 GG auch als Hauptgrundrecht, welches einen enger gefassten Persönlichkeitsbereich gewährleistet als in der Rolle einer allgemeinen Handlungsfreiheit, befürwortet wird. Das Hauptgrundrecht werde “zur nie versiegenden Waffe zur Abwehr von Verletzungen des in Art. 1 I festgelegten obersten Konstitutionsprinzips der Rechtsordnung: der Achtung der Personenwürde jedes Menschen”.

63 A. Grisel, La liberté personnelle 567.

Rechtsprechung zu Problemen der Untersuchungs- und Strafgefangenen, was es in einem neueren Entscheid ausgeführt hat⁶⁴.

Ein Untersuchungsgefangener war während der Haftzeit gestorben. Gegen den Gefängnisarzt wurde deswegen Anklage wegen fahrlässiger Tötung erhoben. Die Mutter des Verstorbenen beschwerte sich erfolglos bei den kantonalen Instanzen, dass in der Anklageschrift gegen den Gefängnisarzt die ihrem Sohn vorgeworfenen Delikte erwähnt wurden. Sie erhob staatsrechtliche Beschwerde und machte eine Verletzung der persönlichen Freiheit und von Art. 4 BV geltend. Das Bundesgericht hatte damit namentlich zu prüfen, ob mit dem Verlesen der Anklageschrift im Verfahren gegen den Gefängnisarzt der Ruf ihres verstorbenen Sohnes in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigt und damit ihre eigene Persönlichkeitssphäre verletzt wurde.

Das Bundesgericht stellte fest, dass der über den Schutz der körperlichen Integrität hinausgehende Begriff der persönlichen Freiheit in der jüngeren Rechtsprechung einzig bei den Rechten von Untersuchungs- und Strafgefangenen Bedeutung erlangt habe. In diesem Bereich werde jeweils geprüft, ob die Haftbedingungen die persönlichen Entfaltungsmöglichkeiten nicht stärker beschränkten, als dies der Zweck der Freiheitsentziehung erfordere. Andererseits rechtfertige nicht jeder andere Eingriff in das Recht der Persönlichkeit die Berufung auf ein ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht. Im zu beurteilenden Fall wurde eine Verletzung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit verneint.

In verschiedenen Fällen, in welchen die persönliche Freiheit nicht im Sinne des Schutzes der körperlichen Integrität oder der Bewegungsfreiheit betroffen war, konnte die angerufene Grundrechtsverletzung dem Schutzbereich eines andern Grundrechts allein zugeordnet werden, weshalb wegen der "Subsidiarität" der persönlichen Freiheit letztere als nicht mehr einschlägig ausscheiden musste⁶⁵. In anderen Fällen weigerte sich das Bundesgericht aber auch, die in Frage stehenden Tätigkeiten zum Kreis der "elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung" zu zählen. Zu diesen Fällen gehört der bereits erwähnte BGE 101 Ia 336 ff., in welchem dem Recht, mit Spielautomaten zu spielen, diese Bedeutung verweigert wurde⁶⁶; ferner auch BGE 102 Ia 321 ff., in welchem das Recht, zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Studium zu beginnen, nicht dem Schutzbereich der persönlichen Freiheit zugeordnet wurde⁶⁷.

In gleichem Sinne entschied die Staatsrechtliche Kammer des Bundesgerichtes auch den folgenden Fall⁶⁸: Die Bestimmung einer kommunalen Polizeiverordnung ermächtigte die Ortspolizeibehörde, im Wohngebiet das Halten von Haustieren zu

64 BGE 104 Ia 35 ff.

65 Vgl. den bereits behandelten Entscheid 99 Ia 504 ff., 509, vorn 56 f.; ferner die Entscheide BGE 100 Ia 180 ff., 186 und 189 ff., 194, auf welche im Zusammenhang mit der Abgrenzung der persönlichen Freiheit zu den aus Art. 4 BV fliessenden Rechten noch ausführlich zurückzukommen sein wird, vgl. hinten 85 f.

66 Vgl. vorn 66.

67 Vgl. vorn 52 f.

68 Entscheid vom 5. Oktober 1977, ZBl. 79 (1978) 35 ff.

verbieten, wenn dies in der Nachbarschaft zu Unzukömmlichkeiten führte. Gestützt auf diese Bestimmung verbot die zuständige Gemeinderatskommission einem Ehepaar, welches mindestens 60 Katzen und zwei Hühner besass, das Halten von mehr als fünf Katzen sowie jegliches Halten von Hühnern. Alle kantonalen Instanzen wiesen Rekurse des Ehepaares gegen dieses Verbot ab. Die Eheleute gelangten daher mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht und machten unter anderem eine Verletzung der persönlichen Freiheit geltend.

Das Bundesgericht führte aus, die persönliche Freiheit schütze den Bürger in erster Linie vor Eingriffen in seine körperliche Unversehrtheit sowie in seine Bewegungsfreiheit. Darüber hinaus bewahre es ihn vor Massnahmen, welche seine Menschenwürde oder elementare Möglichkeiten oder Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung gefährdeten. Dagegen erfasste der Schutzbereich dieses Grundrechts nicht jede noch so nebensächliche Betätigungsmöglichkeit des Menschen. Sogar wenn man den Kreis der auf diese Weise geschützten Formen menschlicher Betätigung weit ziehen wollte, könne nicht gesagt werden, dass das Halten von Tieren zum Kernbereich der menschlichen Persönlichkeitsentfaltung gehöre und dass die Beschwerdeführer durch die angefochtenen Massnahmen in ihrer Menschenwürde verletzt sein könnten.

In der Folge wurde lediglich das Verbot jeglicher Hühnerhaltung als willkürliche Auslegung der Polizeiverordnung qualifiziert, zudem erschien das Verbot als Verletzung des unmittelbar aus der Verfassung hergeleiteten Verhältnismässigkeitsprinzips⁶⁹.

Die Möglichkeit, innerhalb der weit gefassten persönlichen Freiheit neue Bereiche mit grundrechtlichem Schutz zu versehen, ist für das schweizerische Verfassungsrecht noch aus einem weiteren Grund nicht unproblematisch. In ständiger Rechtsprechung anerkannte das Bundesgericht nämlich Freiheitsrechte als ungeschriebenes Verfassungsrecht, wenn ihre Ausübung die "Voraussetzung für die Ausübung anderer (in der Verfassung genannter) Freiheitsrechte" bildete oder wenn sie "sonst als unentbehrliche Bestandteile der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes" erschienen⁷⁰. Die weite Fassung der persönlichen Freiheit ermöglicht dagegen einen grundrechtlichen Schutz für jene Tätigkeiten, welche "elementare Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der Bundesverfassung gewährleistet sind", darstellen⁷¹. Es wäre sicher interessant zu

69 Die Frage, ob das Recht auf Tragen von Schusswaffen unter den Schutzbereich der persönlichen Freiheit falle, wurde in BGE 103 Ia 169 ff., 171 Erw. 2, offengelassen. Vgl. auch Zimmerli 61, Anm. 274.

70 BGE 100 Ia 392 ff., 400, Erw. 4c, wo der Demonstrationsfreiheit eine entsprechende Anerkennung versagt wurde, mit Hinweisen unter anderem auf BGE 96 I 107, 224; 99 Ia 693. Im BGE 104 Ia 88 ff., 96 f., Erw. 5 wird als weitere Voraussetzung für die Anerkennung ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte verlangt, die in Frage stehende Gewährleistung müsse bereits einer weitverbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen entsprechen und von einem allgemeinen Konsens getragen sein.

71 BGE 104 Ia 40, 102 Ia 303; in BGE 102 Ia 325 ist von der elementaren Erscheinung der *Persönlichkeitsentfaltung* die Rede.

untersuchen, worin faktisch der Unterschied besteht, ob eine Tätigkeit “elementare Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung” oder “Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte bzw. Bestandteil der demokratischen Ordnung des Bundes” bildet⁷². Die Frage, ob ein Recht auf freie Grabmalgestaltung grundrechtlichen Schutz verdiene, prüfte das Bundesgericht im Entscheid 96 I 107 gewissermassen “traditionell”. Da es nach Ansicht des Bundesgerichts keine Voraussetzung für die Ausübung bereits gewährleisteter Grundrechte bildete und für den Bestand des demokratischen Rechtsstaates nicht notwendig erschien, wurde ihm die Anerkennung als ungeschriebenes Grundrecht verweigert. Das Bundesgericht könnte heute auch – durch entsprechende Anrufung – gezwungen werden zu prüfen, ob das Recht auf Grabmalgestaltung zu den elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeitsentfaltung gehört⁷³.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage, ob ein Ausschluss von einem Hochschulstudium mit der persönlichen Freiheit vereinbar sei. Im Entscheid 103 Ia 369 ff. hatte das Bundesgericht zu prüfen, ob die Bestimmung eines Universitätsgesetzes, welche dem Regierungsrat die Kompetenz für eine Zulassungsbeschränkung zum Hochschulstudium einräumte, Verfassungsrecht verletze. Ohne dass dabei die persönliche Freiheit angerufen worden war, stellte das Bundesgericht fest, “dass die Möglichkeit, sich eine Hochschulbildung anzueignen, eine Grundvoraussetzung für die Verwirklichung von verfassungsmässig gewährleisteten Rechten und für eine freie und harmonische Entwicklung der Persönlichkeit bildet”⁷⁴. Das Bundesgericht erkannte – da kein Anwendungsfall des Numerus-clausus zu beurteilen war – keinen “Eingriff in den Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung”⁷⁵, und bestätigte auch seinen Entscheid 102 Ia 321 ff., 324 f., Erw. 3a, wonach eine befristete Nichtzulassung zum Studium den Schutzbereich der persönlichen Freiheit nicht tangiere. Wörtlich ergänzte es: “Anders zu entscheiden wäre wohl bei einem dauernden Ausschluss vom Studium an allen in Frage kommenden Universitäten des Landes”⁷⁶.

Dieses Beispiel zeigt deutlich, wie zurückhaltend das Bundesgericht Tätigkeiten zu den elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit zählt, ja den erweiterten Schutz der persönlichen Freiheit generell kaum anwendet. Selbst bei grundsätzlicher Anerkennung eines Rechts auf Hochschulzulassung unter dem Gesichtswinkel der persönlichen Freiheit wäre zu berücksichtigen, dass der grundrechtliche Schutz – etwa eines Rechts auf Hochschulzulassung – eben nicht uneingeschränkt

72 J.P. Müller, Bemerkungen 224 f.

73 Vgl. auch Haller 121.

74 A.a.O. 388 f., Erw. 7d, bb.

75 A.a.O. 389 mit Hinweis auf A. Grisel, *La liberté personnelle* 569 f.

76 A.a.O. 389, vgl. auch 103 Ia 394 ff., 401, Erw. 2d.

gelten könnte, sondern wie alle Grundrechte unter bestimmten Voraussetzungen eingeschränkt werden dürfte⁷⁷.

Die erwähnte Zurückhaltung des Bundesgerichtes im Bereich des Rechts auf Zulassung zum Hochschulstudium mag im übrigen auch darauf zurückzuführen sein, dass ein Verfassungsrecht auf Bildung in einer Volksabstimmung vom 4. März 1973 verworfen worden war⁷⁸.

77 In diesem Sinne A. Grisel, *La liberté personnelle* 569 f., welcher nicht abgeneigt wäre, in der persönlichen Freiheit ein Recht auf Vervollständigung der intellektuellen Ausbildung garantiert zu sehen, welches aber analog den Grundsätzen zu anderen Grundrechten einschränkbar sein müsste.

J.P. Müller stellt in seiner Rezension des erwähnten Entscheides 103 Ia 369 ff., ZBJV 115 (1979) 124, in diesem Sinne fest: "Es ist doch unhaltbar, die Freiheit, im Gefängnis zu malen, als grundrechtsgeschützte Selbstenfaltung der Persönlichkeit zu würdigen (...), nicht aber die Möglichkeit, ein akademisches Studium zu ergreifen. Zwischen dem unantastbaren Kerngehalt der Persönlichen Freiheit und der nicht mehr grundrechtsgeschützten allgemeinen Handlungsfreiheit liegt noch ein weites Spektrum von Erscheinungen persönlicher Lebensentfaltung, die auch, aber nicht absolut, gegen staatliche Eingriffe und Regulierungen geschützt sind." In Deutschland hatte sich das Bundesverfassungsgericht verschiedentlich mit dem Recht auf Zulassung zu einer Hochschule auseinanderzusetzen. Es stellte dabei fest, ein entsprechendes – Art. 12 Abs. 1 und 3 GG zu entnehmendes – Grundrecht als Teilhabe- oder Leistungsfordersrecht gegenüber dem Staat bedeute keinen absoluten Anspruch. "Das liefe auf ein Missverständnis von Freiheit hinaus, bei dem verkannt würde, dass sich persönliche Freiheit auf die Dauer nicht losgelöst von Funktionsfähigkeit und Gleichgewicht des Ganzen verwirklichen lässt und dass ein unbegrenztes subjektives Anspruchsdenken auf Kosten der Allgemeinheit unvereinbar mit dem Sozialstaatsgedanken ist;" BVerfGE 33, 303 (334, 337); zitiert bei Schneider 236 f.; Friesenhahn G 30.

Auch im Entscheid 39, 258 ff. stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass absolute Zulassungsbeschränkungen zu einem Hochschulstudium an den Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 GG zu messen seien. Insbesondere sei im Falle solcher Beschränkungen eine Auswahl zwischen "prinzipiell Gleichberechtigten" vorzunehmen. Im konkreten Fall wurde die Verfassungsbeschwerde eines Hochschulabsolventen gutgeheißen, welcher die grundsätzlichen Anforderungen zum Hochschulstudium zwar erfüllt hatte, welchem jedoch aufgrund seines Notendurchschnittes und der Dauer der Wartezeit andere Bewerber im Rang vorgegangen waren. Das Gericht stützte seinen Entscheid im wesentlichen darauf, dass vorhandene Studienplätze nicht besetzt gewesen waren. Es führte aus, der Zulassungsanspruch eines Studienplatzbewerbers sei selbständig zu behandeln, was namentlich dann klar zutage trete, wenn kein Bewerberüberhang bestehe. Es betonte, auch bei Vorliegen eines Bewerberüberhangs vermöge die Rangziffer lediglich das Verhältnis eines Bewerbers zu seinen konkurrierenden Mitbewerbern auszudrücken, beeinflusse dagegen nicht den grundsätzlichen Zulassungsanspruch gegenüber dem staatlichen Ausbildungsträger. Damit betreffe die durch einen Bewerberüberhang ausgelöste Zulassungsbeschränkung den Rechtscharakter des Zulassungsanspruches nicht, sondern höchstens dessen Realisierungsmöglichkeiten.

Diese Erwägungen bestätigte das Bundesverfassungsgericht sodann im Entscheid 39, 276 ff. (292 f.).

78 BBl. 1972 I 368 ff., BGE 100 Ia 189 ff., 194, Erw. 3c.

C) *Persönliche Freiheit als “subsidiäres” Grundrecht*

1. Das Problem

Es wurde schon dargelegt, dass das Bundesgericht die persönliche Freiheit gegenüber anderen Grundrechten nicht nur als “komplementär”, sondern auch als “subsidiär” bezeichnet hat⁷⁹. Es bringt damit in ähnlicher Weise, wie das in Deutschland für Art. 2 Abs. 1 GG gilt, zum Ausdruck, dass der Schutzbereich der persönlichen Freiheit in einzelnen Bereichen insofern mit dem anderer Grundrechte deckungsgleich ist, als kein weitergehender Grundrechtsschutz aus der persönlichen Freiheit herzu- leiten ist. Demgemäss wird das “speziellere” Grundrecht angewendet, die persön- liche Freiheit hat dagegen zurückzutreten. Nach der hier verwendeten Terminologie handelt es sich um eine Grundrechtskonkurrenz im weiteren Sinn, welche aufgrund des Spezialitäts- bzw. Subsidiaritätsverhältnisses gelöst wird. In der Praxis des Bun- desgerichts finden sich einige Fälle, in denen so vorgegangen worden ist.

2. Persönliche Freiheit und Handels- und Gewerbefreiheit

Im bereits an anderer Stelle erwähnten Fall BGE 99 Ia 504 ff., in welchem verschie- dene durch städtische “Vorschriften über die Strassenprostitution” betroffene Be- schwerdeführerinnen sich in ihrer staatsrechtlichen Beschwerde auf die persönliche Freiheit beriefen, erklärte das Bundesgericht, diese könne, da sie im Verhältnis zu anderen Grundrechten subsidiär sei, nicht angerufen werden, wenn Beschränkungen eines anderen Grundrechtes – im vorliegenden Fall der Handels- und Gewerbefrei- heit – in Frage stehen. Damit konnte das Bundesgericht auf die Prüfung der Frage verzichten, ob das Recht auf Ausübung der Prostitution zu den elementaren Er- scheinungen menschlicher Persönlichkeitsentfaltung gehört⁸⁰.

3. Persönliche Freiheit und Art. 4 BV

Im Entscheid 100 Ia 180 ff. machte der Beschwerdeführer geltend, die in einem Strafverfahren gegen ihn abgelehnte Zulassung eines Anwalts als Officialverteidiger verletze seinen aus Art. 4 BV herzuleitenden Anspruch auf rechtliches Gehör sowie die “Grundsätze, die eine Beschränkung der persönlichen Freiheit gestatten”. Das Bundesgericht erklärte, die Frage des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts- schutzes beurteile sich ausschliesslich unter dem Gesichtswinkel der aus Art. 4 BV

79 BGE 97 I 45 ff. 50; Erw. 3; BGE 99 Ia 504 ff., 509 Erw. 3.

80 Vgl. A. Grisel, *La liberté personnelle* 566; vorn 56 f.

abzuleitenden Prinzipien. Neben der Möglichkeit eines verfassungsrechtlich in dieser Norm verankerten Verteidigungsanspruchs bleibe kein Raum für einen aus der persönlichen Freiheit abzuleitenden verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beigabe eines Officialverteidigers⁸¹. Damit verfuhr das Bundesgericht in diesem Fall – ohne dies allerdings ausdrücklich zu vermerken – nach dem Grundsatz der Subsidiarität, denn es äusserte sich nicht zur Frage, ob die persönliche Freiheit *grundsätzlich* geeignet gewesen wäre, prozessuale Verteidigungsrechte als Ausfluss elementarer Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zu schützen oder nicht. Der angefochtene Entscheid hielt im übrigen vor Art. 4 BV stand.

Grössere Schwierigkeiten ergaben sich im Leumundszeugnis-Fall 100 Ia 189 ff. Zunächst hatte das Bundesgericht festgestellt, in der persönlichen Freiheit sei kein fundamentales “Recht auf Bildung” mitenthalten. Danach führte es aus, dass die persönliche Freiheit zu weit ausgedehnt würde, wenn sie einen Schutz vor jeglichen Massnahmen staatlicher Organe, welche den Ruf des Betroffenen betreffen, garantierte. Damit würde Art. 4 BV quasi wiederholt durch ein verfassungsmässiges Recht, dessen Grenzen ungenau bleiben müssten. Vielmehr erübrige sich die Anwendung der persönlichen Freiheit gerade deswegen, weil bereits aus Art. 4 BV dem Beschwerdeführer für den zu beurteilenden Fall ein genügender Rechtsschutz zur Verfügung stehe. “Celle-ci [die persönliche Freiheit]... ne doit pas pouvoir être invoquée là où les droits constitutionnels écrits ou non écrits assurent déjà à l'individu une protection suffisante⁸².”

IV Tendenz zur Einengung des Schutzbereiches der persönlichen Freiheit in der neueren Bundesgerichtspraxis?

Betrachtet man die bundesgerichtliche Praxis zur persönlichen Freiheit im Anschluss an den Entscheid 97 I 45 ff., so fällt auf, dass in den darauffolgenden Jahren eine ähnlich weitgehende Umschreibung dieses Grundrechts nicht mehr vorgenommen wurde. Wenngleich das Bundesgericht nie ausdrücklich seine Auffassung über den Geltungsbereich der persönlichen Freiheit korrigierte – etwa im Sinne einer Beschränkung dieses Grundrechts auf die Bewegungsfreiheit und die körperliche Integrität⁸³ – verwendete es in den jüngsten Entscheiden fast immer eine enger gefasste

81 A.a.O. 186 f., Erw. 4a, im gleichen Sinn ein unveröffentlichtes Urteil des Bundesgerichts vom 7. Juni 1978; in einem Entscheid vom 7. Mai 1980 stellte das Bundesgericht fest, die Frage, ob es zulässig sei, dass ein Anwalt mit seinem in Untersuchungshaft befindlichen Klienten nur durch eine Trennscheibe sprechen könne, betreffe ausschliesslich Verteidigungsrechte des Angeschuldigten, weshalb die persönliche Freiheit (welche im übrigen vom Beschwerdeführer gar nicht geltend gemacht worden war) nicht angerufen werden könne.

82 A.a.O. 194 f., Erw. 3d. Das Bundesgericht bestätigte diese Auffassung im BGE 104 Ia 35 ff., 40, Erw. 5a.

83 Was Huber, Die persönliche Freiheit, 116 ff. gefordert hatte. Das Bundesgericht wich einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den kritischen Äusserungen Hubers im Entscheid 101 Ia 336 ff., 346, Erw. 7a, aus.

Umschreibung der persönlichen Freiheit: Nebst der Bewegungsfreiheit und der körperlichen Integrität schütze diese "alle elementaren Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit, die nicht durch andere Grundrechte der Bundesverfassung gewährleistet sind"⁸⁴. Besonders zurückhaltend äusserte sich das Bundesgericht in bezug auf die Stellung der persönlichen Freiheit gegenüber andern Grundrechten. Aus dem "verfassungsrechtlichen Leitgrundsatz", welcher einen "umfassenden Grundrechtsschutz" biete, der sich auf "Inhalt und Umfang der übrigen verfassungsmässig gewährleisteten Freiheitsrechte auswirkt" bzw. "notwendige Voraussetzung für deren Ausübung" bildet⁸⁵, wurde schlicht ein "zentrales Freiheitsrecht"⁸⁶.

Aber nicht nur die formelle Umschreibung des Schutzbereichs wich in den neueren Urteilen gegenüber der markanten Formulierung von 97 I 45 ff. ab. Vielmehr zeigte sich auch bei den in einzelnen Fällen vorgenommenen Untersuchungen, wie weit gewisse Tätigkeiten als "elementare Erscheinungen menschlicher Persönlichkeit" einzustufen waren, dass das Bundesgericht sich von einer sehr restriktiven Praxis leiten liess⁸⁷. Im Entscheid 104 Ia 35 ff. stellte das Bundesgericht resümierend fest, der "erweiterte Begriff" der persönlichen Freiheit habe sein hauptsächliches Anwendungsgebiet im Zusammenhang mit den Rechten der Untersuchungs- und Strafgefangenen gefunden, da dort die Haftbedingungen deren persönliche Entfaltungsmöglichkeit nicht in grösserem Mass einschränken dürfen, als dies der Zweck des Freiheitsentzuges erfordere⁸⁸.

Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob für den Bereich der Rechte Inhaftierter wirklich ein erweiterter Begriff der persönlichen Freiheit erforderlich ist, denn die entsprechende Einschränkung von Betätigungsmöglichkeiten stellt im Grunde nichts anderes dar, als "die altbekannte Frage der zulässigen Einschränkungen der traditionellen persönlichen Freiheit ... in einzelnen Statusverhältnissen"⁸⁹. Gerade in diesem Anwendungsbereich erscheint nämlich die persönliche Freiheit vor allem in ihrer eng verstandenen Ausprägung als "Bewegungsfreiheit" betroffen. In den konkreten Fällen hatte das Bundesgericht in Wirklichkeit unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu prüfen, ob einzelne spezifische Beschränkungen mit dem Zweck der Inhaftierung noch zu vereinbaren waren oder nicht. Dies war in

84 104 Ia 35 ff., 40, Erw. 5a; 102 Ia 279 ff., 282, Erw. 2 302 ff.; auch der Bericht 35 stellt fest, das Bundesgericht scheine in der jüngsten Praxis bei der Umschreibung der persönlichen Freiheit "vorsichtigere Formulierungen" zu wählen.

85 BGE 97 I 49 f.

86 BGE 104 Ia 39 f.; vgl. auch Saladin, Grundrechte im Wandel, Vorwort XIV.

87 Vgl. die Beispiele von nicht als solcherart schützenswert anerkannten Entfaltungsmöglichkeiten, vorn 81 ff., vgl. auch Aubert, Les droits fondamentaux 6. Haller kritisiert an der Praxis des Bundesgerichts, es lasse eine klare Linie vermissen und es bestehe eine Diskrepanz zwischen den grosszügigen obiter dicta und den konkreten Entscheidungen.

88 Vgl. dazu BGE 103 Ia 165 ff.; 102 Ia 279 ff.; 302 ff.; 100 Ia 454 ff.; 99 Ia 262 ff.; Aubert, Les droits fondamentaux 5, Anm. 24.

89 Huber, ZBJV 109 (1973) 16 ff. zu BGE 97 I 45 ff.; vgl. auch derselbe, Die persönliche Freiheit, 116; Venanzoni, Konkurrenz 290.

einzelnen Fällen noch zu bejahen, in andern nicht⁹⁰. Die Auffassung, wonach sich in der diesbezüglichen Rechtsprechung ein erweiterter Begriff der persönlichen Freiheit konkretisiert hätte, führte ja zum absurden Ergebnis, dass generell als elementare Erscheinung menschlicher Persönlichkeit ein Recht zu malen, ein Recht, sich tagsüber auf sein Bett legen zu können usw. grundrechtlich geschützte Betätigungsmöglichkeiten darstellten⁹¹. Im übrigen hatte das Bundesgericht ausdrücklich anerkannt, dass in gewissen Fällen durch eine Gefängnisordnung nebst der persönlichen Freiheit auch andere Grundrechte, wie etwa die Meinungsäusserungsfreiheit, betroffen sein könnten. In diesen Fällen müssten – so das Bundesgericht – die Vorschriften auch an diesen Gewährleistungen gemessen werden⁹².

Abgesehen von den Schwierigkeiten, die eine Anerkennung eines neuen Grundrechts unter dem Deckmantel der persönlichen Freiheit – als elementare Erscheinung menschlicher Persönlichkeit – angesichts der traditionellen Praxis bezüglich der Anerkennung ungeschriebener verfassungsmässiger Rechte in sich birgt⁹³, ist die von der Bundesgerichtspraxis erzielte grundsätzliche Offenheit positiv zu bewerten. Einerseits hat das Bundesgericht unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass “nicht jede noch so nebensächliche Wahl- oder Betätigungsmöglichkeit des Menschen” grundrechtlichen Schutz verdiene⁹⁴ und mit seiner restriktiven Praxis den

90 Vgl. dazu den besonders ausführlichen BGE 102 Ia 279 ff. Das Bundesgericht hatte verschiedene Bestimmungen einer durch den Regierungsrat des Kantons Zürich erlassenen Verordnung über die kantonalen Polizeigefängnisse auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Mit der persönlichen Freiheit vereinbar erschien, dass Gefangenen in der ersten Haftwoche kein Spaziergang zugestanden wurde (290 ff., Erw. 7). Die Vorschrift, wonach Gefangene Zeitungen und Zeitschriften erst nach einer Woche Haftzeit beziehen durften, erachtete das Bundesgericht – nicht ohne Bedenken – als verfassungsmässig (293 ff., Erw. 8b). Ebenso beurteilte es eine Bestimmung, wonach Untersuchungs-, Sicherheits- und Auslieferungsgefangene für den Bezug von Lehrbüchern einer Zustimmung bedurften (295 f., Erw. 8d), ferner eine Bestimmung, welche eine Kontrolle aller ein- und ausgehenden Briefe und anderer Sendungen vorsah (299, Erw. 11d).

Als mit der persönlichen Freiheit unvereinbar erachtete das Bundesgericht eine Vorschrift, wonach den Gefangenen lediglich die Mitnahme einer “persönlichen Ausrüstung” erlaubt war, wogegen andere Gegenstände nur mit einer besonderen Erlaubnis zurückbehalten werden durften (285 ff., Erw. 3). Dasselbe galt für die Bestimmung, tagsüber das Bett hochzuklappen (288, Erw. 4). Die nach Auslegung des Regierungsrates abschliessende Aufzählung von Gaben, die wöchentlich den Gefangenen durch Dritte überlassen werden durften, erschien dem Bundesgericht als verfassungswidrig (288 f., Erw. 6), ebenso die Bestimmung, dass nach einer Haftwoche die Gefangenen nur jeden dritten Tag Anspruch auf einen halbstündigen Spaziergang hatten (290 ff., Erw. 7). Ebenfalls nicht den Anforderungen verfassungsmässiger Grundsätze entsprach die Regel, dass der Bücherbezug von auswärts – Lehrbücher ausgenommen – nicht gestattet war (294 f., Erw. 8c).

91 BGE 97 I 49 f., 102 Ia 279 ff., 288, Erw. 4; gerade die Gegenüberstellung zum nicht gewährten Recht auf Hochschulzulassung verdeutlicht dieses fragwürdige Ergebnis und die Zweifel an der Notwendigkeit, die Haftbeschränkungen einem erweiterten Grundrechtsbegriff zuzuordnen; J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 123 f.

92 BGE 102 Ia 279 ff., 283, Erw. 2a; Aubert, Les droits fondamentaux 6; Venanzoni, Konkurrenz 290.

93 Siehe vorn 82 f. Huber, ZBJV 109 (1973) 16 ff. sieht in dieser Bedeutung der persönlichen Freiheit eine Absage an die Rechtsprechung der ungeschriebenen Grundrechte und eine gewisse Rückkehr zu einem “Verfassungspositivismus”.

94 BGE 101 Ia 336 ff., 346, Erw. 7a.

Schutzbereich der persönlichen Freiheit einstweilen nicht überdehnt. Andererseits ermöglicht die erwähnte Offenheit eine flexible Reaktion auf gewisse in Zukunft mögliche Gefährdungen eines menschenwürdigen Daseins⁹⁵.

§ 11 Art. 4 BV in der Rolle eines Hauptgrundrechts?

I Die in Art. 4 BV enthaltenen Garantien

Art. 4 BV enthält in knapper Formulierung den Grundsatz der Rechtsgleichheit. In einer langjährigen, sehr schöpferischen Praxis hat das Bundesgericht aus dieser Bestimmung zahlreiche Grundsätze für Rechtsprechung und Rechtsanwendung abgeleitet⁹⁶, welche sich kaum in einer geschlossenen Systematik einordnen lassen⁹⁷. SALADIN unterscheidet dabei Aspekte des formellen und des materiellen Rechtsverweigerungsverbotes, welche sich alle letztlich aus dem grundlegenden, seit den Anfängen bundesgerichtlicher Rechtsprechung anerkannten Schutz gegen Rechtsverweigerung und aus dem fundamentalen Willkürverbot herausentwickelt haben⁹⁸. Als markanteste Grundsätze der ersten Gruppe sind der Anspruch auf rechtliches Gehör⁹⁹, der Anspruch auf Begründung eines Entscheides¹⁰⁰, der Anspruch auf rechtmässige Zusammensetzung der entscheidenden Behörde¹⁰¹ bzw. auf Ausstand Befangener, das Verbot des überspitzten Formalismus¹⁰², der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung¹⁰³ sowie ein Verbot der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel¹⁰⁴ und ein Anspruch auf Berichtigung von Rechenfehlern¹⁰⁵ zu nennen. In materieller Hinsicht wird aus Art. 4 BV das Gebot des Verhaltens nach

95 Vgl. auch J.P. Müller, Bemerkungen 225 f.; Hug-Beeli 22 f.

96 Vgl. dazu die umfassende Darstellung von Saladin, Fairness 41 ff.; ferner Aubert, *Traité* no 1785 ff., S. 644 ff., Rinck 329 ff.; Kaufmann, *Verfassungsgerichtsbarkeit* 343; Wildhaber, *Projekt* 250; ferner die Übersicht zur Rechtsprechung zu Art. 4 BV in den Registerbänden der Amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.

97 Saladin, Fairness 43; im Bericht 35 ist von einer "reichen, originellen und bedeutsamen Entfaltung" des Rechtsgleichheitssatzes durch die Praxis die Rede.

98 Fairness 42; Rinck 331 ff.

99 Z.B. BGE 98 Ia 129 ff., 131 ff., Erw. 2/3; 103 Ia 505 ff.; 508 Erw. 1, wo das Bundesgericht festhält, eine entsprechende Überprüfung erfolge in freier Kognition.

100 Z.B. BGE 98 Ia 460 ff., Saladin, Fairness 47 f.

101 Z.B. BGE 100 Ia 31; Saladin, Fairness 48, Anm. 26, 27.

102 Z.B. BGE 96 I 532; Saladin, Fairness 49, Anm. 39; zur entsprechenden freien Kognition des Bundesgerichts: BGE 103 Ia 505 ff., 508, Erw. 1, wo wiederum festgehalten ist, dass das Bundesgericht entsprechende Verletzungen in freier Kognition überprüft.

103 Saladin, Fairness 49 ff., BGE 103 Ia 505 ff., 508, Erw. 1, wo wiederum festgehalten ist, dass das Bundesgericht entsprechende Verletzungen in freier Kognition überprüft.

104 BGE 96 I 440 f.

105 BGE 97 V 64.

Treu und Glauben¹⁰⁶, das Gebot der Rechtssicherheit¹⁰⁷, das Gebot der Verhältnismässigkeit¹⁰⁸, das Rückwirkungsverbot¹⁰⁹ und das Gebot der Klarheit und Bestimmtheit staatlicher Eingriffe¹¹⁰ abgeleitet, dazu speziell sogenannte "Besteuerungsprinzipien"¹¹¹. Alle diese Grundsätze haben aus Art. 4 BV ein "allgemeines, das gesamte staatliche Leben beherrschendes Prinzip" gemacht, dem "die Bedeutung eines alle Staatsfunktionen bindenden Gerechtigkeitsgebotes" zukomme¹¹². Das Bundesgericht selbst führt an, es habe "dem in Art. 4 BV enthaltenen Gleichheitssatzes von jeher eine weit über seinen Wortsinn hinausgehende Bedeutung beigemessen und darin die Grundlage des Rechtsstaates erblickt"¹¹³. SALADIN gelangt von diesem spezifischen Rechtsstaats- oder Gerechtigkeitsgebot¹¹⁴ auch zur Erkenntnis, in allen Ausprägungen von Art. 4 BV manifestiere sich eine "Idee zur Fairness"¹¹⁵.

II Die fehlende Eignung von Art. 4 BV als Hauptgrundrecht

Die dargestellte Entwicklung der Rechtsprechung hat dazu geführt, dass zum Beispiel aus deutscher Sicht Art. 4 BV als eine Art Generalklausel betrachtet wird, welche ähnlich dem Art. 2 Abs. 1 GG "allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen und ausserhalb der Grundrechte liegende Prinzipien der Verfassung zugunsten des Bürgers" beinhaltet und daher dem deutschen Auffangrecht vergleichbar sei¹¹⁶. Anlass für solche Überlegungen bietet BGE 45 I 119 ff., in welchem das Bundesgericht zu prüfen hatte, ob dem Einzelnen aus der BV die Verfügungsmacht über das Schicksal seines Leibes nach dem Tode zugesichert sei oder ob eine kantonale Behörde die Einführung einer bisher nicht üblichen Bestattungsart (Kremation) verhindern könne. Das Bundesgericht stellte fest, die dem Eingriff des Staates entzogene Sphäre beschränke sich nicht nur auf die Gebiete, für welche die Verfassung "den Ausschluss staatlichen Zwangs und das Recht auf freie Bewegung besonders, durch aus-

106 Ausführlich mit zahlreichen Hinweisen Saladin, Fairness 56 ff., auch BGE 103 Ia 505 ff., wo diesem Grundsatz, soweit er treuwidriges Verhalten der Behörden verbietet und den Schutz berechtigten Vertrauens des Bürgers gewährleistet, ein grundrechtlicher Charakter zugestanden wird, was insbesondere dem Bundesgericht eine freie Kognition bei der Prüfung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit ermöglicht.

107 Nicht ausdrücklich, aber stillschweigend anerkannt, vgl. Saladin, Fairness 58 mit Hinweisen in Anm. 60.

108 Z.B. BGE 102 Ia 321 ff.; Zimmerli 20.

109 BGE 94 I 5.

110 Saladin, Fairness 63.

111 BGE 99 Ia 638 ff.; 103 Ia 86 ff.

112 Rinck 330, der gleichzeitig feststellt, damit sei der Gleichheitssatz nicht zu einer uferlosen "der Rechtssicherheit spottenden" Generalklausel geworden.

113 BGE 94 I 521; Saladin, Fairness 83.

114 BGE 99 Ia 654; Fairness 84, Anm. 174.

115 Fairness 86 ff.

116 Rüfner, Überschneidungen 45 f.

drückliche Vorschrift" vorsehe¹¹⁷. Es müsse vielmehr allgemein ein Anspruch anerkannt werden, in Fragen, die die Betätigung der geistigen und sittlichen Individualität betreffen, keinen Zwang zu erleiden, der sich nicht durch höhere staatliche Interessen, Rücksichten der Polizei und die öffentliche Sicherheit rechtfertigen lasse. Im Ergebnis anerkannte das Bundesgericht, Art. 4 BV verbiete eine mit der Achtung der Persönlichkeit unvereinbare Behandlung. Es hielt gleichzeitig fest, dass der Wortlaut des angerufenen Grundrechts für dieses Resultat keine entscheidende Rolle spiele, ebensogut hätte von einem anderen Grundrecht, zum Beispiel von der Glaubens- und Gewissensfreiheit ausgegangen werden können.

Die hier vorgenommene Ausweitung von Art. 4 BV zu einem Recht, durch welches der Verfassungsrichter den Elementarwert der gleichen Personenwürde jedes Menschen grundrechtlich schützte¹¹⁸, darf nicht überbewertet werden. Zunächst steht der erwähnte Entscheid in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ziemlich isoliert da¹¹⁹, dann aber beinhaltet er materiell nichts anderes als den heute durch das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit garantierten Schutz der elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung¹²⁰.

Die Auffassung GYGIS, Art. 4 BV komme gegenüber den anderen Grundrechten auch die selbständige Bedeutung eines Ergänzungs- oder Auffanggrundrechts zu, wie dies in Deutschland für Art. 2 Abs. 1 GG zutrifft¹²¹, dürfte zu weit gehen. Auch die bei GYGI angeführten Entscheidungen des Bundesgerichts lassen diese These nicht zwingend zu. Im einen Fall¹²² ging es um prozessuale Verteidigungsrechte, zu denen ein möglicher Anspruch auf Officialverteidigung gehört. Das Bundesgericht verwies auf seine konstante Praxis, wonach Art. 4 BV dem Bürger ein gewisses Mindestmass an Rechtsschutz gewährleiste¹²³ und ordnete damit die zu beurteilende Rechtsfrage sachlich dem Normbereich von Art. 4 BV zu. Die persönliche Freiheit konnte, da Art. 4 BV den Sachverhalt gesamthaft erfasste, nicht

117 A.a.O. 133, Erw. 6.

118 J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 80; Haller 128 f.

119 Ohne sich ausdrücklich auf Art. 4 BV zu stützen, bestätigte das Bundesgericht im Ergebnis diesen Entscheid im Fall BGE 52 I 353 ff. Es stellte fest, im damaligen Entscheid sei es einem öffentlichen Verband, welcher das Bestattungswesen besorge, aus verfassungsrechtlicher Sicht freigestellt worden, einem interessierten Personenkreis die Feuerbestattung durch die Schaffung entsprechender Einrichtungen zu erleichtern. Noch weniger könne daher, was hier zur Debatte stand, einem solchen Verband verboten werden, bei den Feuerbestattungen den gleichen Kostenanteil zu übernehmen wie bei Erdbestattungen. Solange deshalb eine Gemeinde einen privaten Verband für das Bestattungswesen nicht in höherem Masse unterstütze, als sie selber Mittel für Erdbestattungen aufwenden müsste, erweise sich angesichts der im erwähnten Entscheid entwickelten Grundsätze ein entsprechendes staatliches Verbot einer solchen Unterstützung als verfassungswidrig (a.a.O. 364 ff., Erw. 3).

120 Haller 128 f.

121 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 71 f.

122 BGE 100 Ia 180 ff., 186, Erw. 4; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 72, Anm. 36.

123 Ohne Belege; gemeint ist jedenfalls der Anspruch auf rechtliches Gehör im weiteren Sinn, welcher dem Bürger "ein bestimmtes Mindestmass an Verteidigungsrechten" gewährleistet, BGE 98 Ia 129 ff., 131, Erw. 2 mit Hinweisen. Im Entscheid 57 I 343 f. wird dieser Grundsatz direkt auf die Rechtsgleichheit zurückgeführt: es gebe nur "das gleiche Recht jedes Bürgers auf Gewährleistung des staatlichen Rechtsschutzes ..."; Saladin, Fairness 43.

mehr zur Anwendung kommen¹²⁴. Ähnlich verhielt es sich im Fall 100 Ia 189 ff., als das Bundesgericht erklärte, die Rechtsschutz-Mittel, welche Art. 4 BV gegen eine – allenfalls willkürliche – Verweigerung eines Leumundszeugnisses zur Verfügung halte, genügen vollauf, weshalb nicht – durch eine Ausweitung der persönlichen Freiheit – der entsprechende Rechtsschutz verdoppelt werden müsse. In keinem dieser Fälle bezeichnete das Bundesgericht Art. 4 BV als Auffangrecht, sondern schloss an seine traditionelle und gefestigte Rechtsprechung zu Art. 4 BV an.

Fragen könnte man sich freilich, ob durch die Verselbständigung des Verhältnismässigkeitsprinzips, welches in der Regel als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe eine “grundrechtsdienende” Funktion innehatte¹²⁵, nicht ein Teilaspekt von Art. 4 BV doch die Bedeutung eines “Auffangrechtes” erhalten hat. Im Entscheid 102 Ia 321 ff. erklärte das Bundesgericht, die Verweigerung der Zulassung zu einer Hochschule für die Dauer eines Jahres sei nicht geeignet, elementare Möglichkeiten und Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zu gefährden oder zu beschränken. Auch die Meinungsäusserungsfreiheit war nicht betroffen. Daher beurteilte das Bundesgericht den Fall unter dem Aspekt der Willkür, genauer gesagt, es erachtete das Zulassungsverbot als Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips¹²⁶. Zu Recht beanstandet J.P. MÜLLER diese Vermischung von Willkür und Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips. Entweder ist ein hoheitlicher Akt willkürlich oder er verletzt die Ausübung eines Grundrechts, weil die mit ihm verbundene Einschränkung desselben den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht genügt, wobei sich in diesem Falle die Kognition des Bundesgerichts nach dem betroffenen Grundrecht orientiert. J.P. MÜLLER bemängelt namentlich, dass die Aufgabe des Verfassungsrichters entsprechend diesem Entscheid nur noch schwer von der Verwaltungsrechtsprechung abzugrenzen wäre, weil dieser die Angemessenheit und Richtigkeit der Verwaltungsordnung zu überprüfen habe¹²⁷. Wie schon gezeigt, hätte man im übrigen durchaus die persönliche Freiheit als “betroffen” erachten können, mit der Folge, dass die Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit der Prüfung zulässiger Einschränkungen dieses Grundrechts zum Zuge gekommen wäre.

Schliesslich ist GYGIS Ansicht aber – abgesehen von den grundsätzlichen Einwendungen gegen ein Auffangrecht überhaupt – entgegenzuhalten, dass es das Bundesgericht war, das durch seine Umschreibung der persönlichen Freiheit diesem Grundrecht Auffangcharakter zuerkannte¹²⁸. Das Bundesgericht hat, auch in den neueren Entscheidungen, in denen es, wie gezeigt wurde, von einem etwas engeren Begriff der persönlichen Freiheit ausging, dieser doch eine gewisse Offenheit im Hinblick auf neue Gefährdungen der Persönlichkeitsentfaltung bewahrt. Die Recht-

124 Siehe vorn 85 f.

125 Zimmerli 20; Saladin, Fairness 61.

126 A.a.O. 330, Erw. 5b.

127 ZBJV 114 (1978) 69 ff.

128 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 72, erklärt etwas undifferenziert, es werde “oft geglaubt”, dass die persönliche Freiheit die Rolle des Auffanggrundrechtes spiele.

sprechung zu Art. 4 BV erscheint demgegenüber kompakter, geschlossener, auch wenn in jüngster Vergangenheit die freie Überprüfungsbefugnis einzelner Aspekte anerkannt wurde. Dies verdeutlicht folgendes Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes:

Beim Abschluss eines Vertrages zwischen einer Gemeinde und der privaten Firma Y. wurde im Hinblick auf geplante Neubauten der Firma Y. vereinbart, die zu entrichtenden Kanalisationsgebühren richteten sich nach der aktuellen Fassung der kommunalen Bauordnung. Nach Vertragsabschluss wurden die Ansätze für die Kanalisationsgebühren erhöht. Die Gemeinde forderte in der Folge nach dem Anschluss der erstellten Neubauten an die Kanalisation von der Firma Y. Gebühren, die sich nach den erhöhten Ansätzen bemessen. Die Firma Y. wollte lediglich die nach altem Tarif errechneten Gebühren bezahlen und gelangte, nachdem ihr Standpunkt von allen kantonalen Instanzen nicht geschützt worden war, mit staatsrechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht, wobei sie sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben berief.

Das Bundesgericht führte aus, der Grundsatz von Treu und Glauben im öffentlichen Recht folge unmittelbar aus Art. 4 BV und besitze grundrechtlichen Charakter. Ob ein Verstoss gegen diesen Grundsatz vorliege, prüfe das Bundesgericht ohne Einschränkung seiner Kognition, wie dies auch bei Verletzungen des bundesrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör, auf unentgeltliche Rechtspflege oder des Verbots des überspitzten Formalismus gelte¹²⁹.

An der Stellung von Art. 4 BV im schweizerischen Verfassungsrecht ändern schliesslich auch die Postulate im Schrifttum nichts, welche noch weitere Garantien aus dieser Bestimmung herleiten möchten, weil es sich offensichtlich um Grundsätze handelt, die mit den bisher anerkannten in enger Beziehung stehen¹³⁰.

§ 12 Kein Hauptgrundrecht im Verfassungsentwurf 1977

I Trennung von Grundrechten und Grundsätzen staatlichen Handelns

Obwohl man dem Bundesgericht bescheinigen kann, dass es sowohl in der Rechtsprechung zur persönlichen Freiheit als auch in der Entwicklung der aus Art. 4 BV abzuleitenden Garantien in den einzelnen konkreten Fällen zu sachgerechten Lösungen kam und insbesondere in kluger Zurückhaltung von der entbehrlichen

129 BGE 103 Ia 505 ff., 508, Erw. 1 mit Hinweisen auf BGE 102 Ia 579, Erw. 6; 98 Ia 432; 97 I 497, Erw. 6c; 94 I 521 f.

130 Saladin, Fairness 157, fordert einen allgemeinen Ersatzanspruch für schädigende staatliche Eingriffe in nicht vermögenswerte Rechte, einen verfassungsmässigen Anspruch auf Rechtsmittelbelehrung sowie eine Rechtsweggarantie; vgl. auch Imboden/Rhinow II Nr. 86, B. I, S. 541 ff. mit Hinweisen.

Konstruktion der persönlichen Freiheit als Auffanggrundrecht faktisch noch keinen Gebrauch gemacht hat, haben sich gerade bei der oft notwendigen Abgrenzung der persönlichen Freiheit – etwa gegenüber Art. 4 BV – immer wieder Schwierigkeiten ergeben. Diese sind darauf zurückzuführen, dass in Art. 4 BV sowohl Prinzipien mit grundrechtsähnlichem Charakter als auch gewissermassen staatsleitende Grundsätze enthalten sind. Ähnlich repräsentiert die persönliche Freiheit im enger verstandenen Sinn (Bewegungsfreiheit, körperliche Integrität) ein klar substantizierbares Grundrecht, läuft daneben aber Gefahr, als unmittelbarste Manifestation des (ungeschriebenen) Menschenwürdegrundsatzes zu einer Freiheitsrechts-Generalklausel deformiert zu werden¹³¹. Einer solchen Vermischung von Verfassungsgrundsätzen und klar begrenzten Grundrechts-Schutzgarantien versucht nun der Verfassungsentwurf 1977 zu begegnen. Es finden sich dort nämlich unter “Grundsätzen staatlichen Handelns” mit dem Legalitätsprinzip (Art. 4), dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1)¹³², dem Willkürverbot (Art. 5 Abs. 2) und dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3) Verfassungsgrundsätze, welchen bisher im Rahmen von Art. 4 BV verfassungsmässiger Schutz zuerkannt wurde¹³³. Demgegenüber wird die Rechtsgleichheit im engeren Sinne zu den eigentlichen Grundrechten (Art. 9) gezählt. Zu begrüssen ist ausserdem, dass in Art. 20 der Rechtsschutz von wenig Bemittelten sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör und in Art. 21 der Rechtsschutz von Inhaftierten und Internierten gesondert gewährleistet werden, womit eine sachlich zusammengehörige Materie, welche sich im geltenden Verfassungsrecht im Grenzbereich zwischen persönlicher Freiheit und den aus Art. 4 BV gewonnenen Rechtsschutzgarantien bewegt, den ihr gebührenden speziellen Verfassungsschutz erhält¹³⁴.

II Einengung des Schutzbereiches der persönlichen Freiheit

Die Arbeitsgruppe für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung liess im Schlussbericht keinen Zweifel bestehen, dass die persönliche Freiheit “vor einem völlig heterogenen Inhalt” bewahrt und vermehrt im Sinne ihres historischen Gehalts ausgestaltet werden müsse¹³⁵. Insbesondere wandte sie sich – mangels eines

131 Mastronardi 73 stellt mit Recht fest, der Grundsatz der Menschenwürde werde vom Bundesgericht systematisch der persönlichen Freiheit zugeordnet, was wesentlich deren Aufgangcharakter bestimmt, wie die Formulierung in BGE 97 I 45 ff. beweist.

132 Kritisch dazu Zimmerli 22 f.

133 Das Legalitätsprinzip namentlich im Abgaberecht, vgl. z.B. BGE 102 Ia 10; Bericht 25 f.

134 Vgl. dazu die Begründung im Bericht 49 f. Interessant ist, dass das Recht auf Akteneinsicht, welches sachlich ebenfalls zum “befriedigenden Rechtsschutz” gehört und jedenfalls im geltenden Verfassungsrecht einen Teilaspekt des in Art. 4 BV garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt, im Verfassungsentwurf 1977 der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 4) zugeordnet wird; vgl. Schlussbericht 172.

135 Schlussbericht 133 f.

Bedürfnisses – gegen eine Ausgestaltung als Hauptgrundrecht. Zusätzlich aber erkannte die Arbeitsgruppe die Gefahr, dass durch eine Ausweitung der persönlichen Freiheit im Sinne eines Einbezugs von intellektueller und moralischer Integrität die Umrisse des Normbereichs unklar werden und zudem unerwünschte Überschneidungen mit andern Grundrechten entstehen könnten. Die Bemerkung, dass durch die Garantie des Willkürverbots und des Menschenwürdegrundsatzes Einbrüche in diese moralische und intellektuelle Integrität bereits “fast immer” abgewehrt werden konnten, beweist, wie sehr im aktuellen Verfassungsrecht der ungeschriebene Menschenwürdegrundsatz mit der sehr weit umschriebenen persönlichen Freiheit verknüpft ist¹³⁶.

Im Verfassungsentwurf 1977 erscheint die Menschenwürde – obschon im Schlussbericht eindeutig nicht als Grundrecht, sondern als “ein alle Verfassungsnormen tragender Grundsatz, also elementar und umfassend” und als “Leitsatz für die Auslegung der Grundrechte in mannigfaltigen Lebenslagen” bezeichnet¹³⁷ – unter den “Grundrechten” (Art. 8)¹³⁸. Im Bericht zum Vorentwurf 1977 wird erklärt, der Schutz der Menschenwürde verkörpere ein letztes Auffangrecht, wenn nicht der Schutz anderer Grundrechte einen Sachverhalt erfasse, ohne dass deswegen ein allgemeiner Schutz jeder in Zukunft denkbar werdenden Freiheit garantiert werden wolle¹³⁹. Die persönliche Freiheit wird in Art. 10 des Entwurfs relativ eng umschrieben. Sie garantiert das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit, Bewegungsfreiheit und persönliche Sicherheit (Art. 10 Abs. 1), Schutz der Wohnung und Privatsphäre sowie des Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 3), Recht auf Akteneinsicht, verbunden mit dem Anspruch auf Berichtigung fehlerhafter Angaben (Art. 10 Abs. 4).

Mit dem im Vorentwurf 1977 vorgeschlagenen Konzept – im wesentlichen also der Trennung von Grundrechten mit eng umschriebenen Normbereichen gegenüber allgemeinen Verfassungsprinzipien¹⁴⁰ – liessen sich einige im geltenden Verfassungsrecht bestehende Abgrenzungsschwierigkeiten beseitigen. Andererseits sollte eine im

136 Vgl. auch Bericht 35, wo es heisst, die im Verfassungsentwurf vorgesehene Garantie der Menschenwürde werde für die weite Umschreibung der persönlichen Freiheit im aktuellen Verfassungsrecht eine “zusätzliche Rechtsgrundlage” darstellen.

137 A.a.O. 72 f.

138 Im Arbeitspapier I 6 ff. erscheint die Menschenwürde demgegenüber unter “Hauptgrundsätzen”, welche der “Rechtsgleichheit” und den “Freiheitsrechten” systematisch gleichgeordnet sind. Im Arbeitspapier II 6 f. steht die Menschenwürde ebenfalls als allgemeiner Grundsatz vor dem eigentlichen Grundrechtskatalog.

139 A.a.O. 34, wo es weiter heisst, die Menschenwürde erscheine als “das primärste und gleichzeitig subsidiärste” unter allen Grundrechten.

140 Ob den Grundsätzen staatlichen Handelns kein grundrechtlicher Charakter zukommt, wie dies die Systematik des Verfassungsentwurfes 1977 vermuten lässt, bleibt im Bericht offen. Allerdings lässt der Hinweis, es handle sich hier um Prinzipien mit ausserordentlicher praktischer Tragweite, welche in der bisherigen Bundesgerichtspraxis aus Art. 4 BV abgeleitet worden seien, eher den Schluss zu, es handle sich bei diesen Grundsätzen um unmittelbare individuelle Ansprüche der Bürger gegen den Staat, welche in einem Rechtsschutzverfahren durchsetzbar sind. Damit hätten die in den Art. 4–7 des Verfassungsentwurfes 1977 erwähnten Prinzipien grundrechtlichen Charakter im hier verstandenen Sinn. Vgl. vorn I f.; Bericht 25.

vorgeschlagenen Sinn enger verstandene persönliche Freiheit — quasi als “Momentaufnahme” von im heutigen Zeitpunkt aktuellen Gefährdungen — einem wirksamen Schutz der körperlichen Integrität und der Bewegungsfreiheit im “physischen” Sinn vollauf genügen, nachdem sich auch unter der zu Zeit durch das Bundesgericht angewandten weiteren Umschreibung noch kein echtes Bedürfnis für einen über diesen Bereich hinausgehenden Rechtsschutz aufgedrängt hat.

5. Kapitel

Rangordnung unter den Grundrechten im deutschen Verfassungsrecht

§ 13 Versuche, aus dem Grundrechtskatalog des Bonner Grundgesetzes eine Rangordnung unter den Grundrechten abzuleiten

I Allgemeines

In Deutschland wurde verschiedentlich versucht, dem Grundrechtskatalog eine Hierarchie unter den Grundrechten im Sinne einer Wertrangordnung zu entnehmen¹. Teilweise wird sogar behauptet, die Systematisierung des Grundrechtskataloges im Bonner Grundgesetz hätte geradezu den Zweck verfolgt, die zwischen den Grundrechten bestehenden Rangverhältnisse sichtbar zu machen². Während gewisse Autoren allerdings auf die Schwierigkeiten hinweisen, einerseits eine ethische Begründung für den Vorrang einzelner Grundrechte oder Grundrechtsgruppen verfassungsrechtlich zu begründen³ und andererseits konkrete Konsequenzen aus einer solchen abstrakten Rangordnung abzuleiten⁴, versucht ein anderer Kreis von Autoren, in den aufgrund der "normativen Ausgestaltung der Grundrechte" gefundenen (Vor-) Rangverhältnissen eine Lösungsmethode für Grundrechtskonflikte zu erkennen⁵. Eine solche Methode hätte bei Grundrechtskollisionen zur Folge, dass ein in der Rangabstufung höher bewertetes Grundrecht seinem Träger gegenüber der entgegenstehenden Grundrechtsposition zum Durchbruch verhelfen könnte. Andere Konsequenzen ergeben sich bei Grundrechtskonkurrenzen: Dem Grundrechtsträger verschafft das höher eingestufte Grundrecht in erster Linie Schutz, während ein mitbetroffenes, im Rang "minderwertigeres" Grundrecht grundsätzlich zurückzuweichen hätte.

Im wesentlichen werden als Kriterien für eine unterschiedliche Ranghöhe der einzelnen Grundrechte im Zusammenhang mit Grundrechtskonflikten deren unterschiedliche Einschränkungbarkeit und eine unterschiedliche thematische Nähe zum Höchstwert der Menschenwürde genannt.

1 Wittig 585, kritisch hierzu Scheuner, Funktion 509, welcher bemerkt, solche Vorstellungen hätten in der Verfassungsnorm keine Grundlage und öffneten zu leicht subjektiven Schwankungen die Tür.

2 Goerlich 136; Schüle 38 hält trotz der erkannten Zweifel, ob die Grundrechte in einer Systematik erfassbar seien, fest, "dass bezüglich des Gewichtes jedenfalls gewisser Grundrechte bzw. Grundrechtsgruppen wertmässige Unterschiede bestehen, die im Falle eines Widerstreits abgewogen werden müssen und die damit die Rangfrage legitim machen".

3 Blaesing 143; deutlich ablehnend gegenüber einer solchen Wertrang-Hierarchie Scheuner, Funktion 509.

4 Wittig 585.

5 Blaesing 143 ff.; Berg 109 ff.

II Rangordnung aufgrund unterschiedlicher Beschränkbarkeit der Grundrechte

Die Ansicht, wonach durch die bewusst unterschiedlich formulierten Schranken bei einzelnen Grundrechten Wertunterschiede zum Ausdruck gebracht werden, wird hauptsächlich von BERG vertreten⁶. Durch das Mittel der Schrankendivergenz habe das Grundgesetz eine Wertrangordnung sichtbar gemacht, welche zunächst die "öffentliche Gewalt" binde. Je intimer und individueller das Schutzobjekt der einzelnen Grundrechtsnorm und entsprechend je geringer die Einschränkungsvorbehalte seien, desto wertvoller sei ein Grundrecht in der Reihe der übrigen. Sinn der Schrankendivergenz bilde somit das Ziel des Grundgesetzes, Freiheitsrechte, welche diese individuelle Intimsphäre beinhalteten und deswegen als schutzbedürftiger anerkannt seien als die "sozialbezogenen" Grundrechte, "weitestgehend vor staatlichen Eingriffen zu schützen"⁷. Diese durch die Schrankendivergenz zum Ausdruck gebrachte Wertrangordnung dürfe bei der Lösung der Konkurrenzprobleme "nicht ausser acht gelassen werden"⁸.

BLAESING erkennt in den abgestuften Einschränkungsmöglichkeiten einerseits und in der thematischen Nähe der Grundrechte zur Menschenwürde andererseits die in der normativen Ausgestaltung der Grundrechte zum Ausdruck gebrachte Rangordnung⁹. Ob diese Einschränkungsvorbehalte bewusst oder unbewusst unterschiedlich formuliert worden seien, lässt BLAESING dabei offen¹⁰, stellt aber fest, entsprechende Differenzierungen seien als Fakten zu akzeptieren. Daraus ergebe sich dann die Grundrechtsrangordnung, da die unterschiedlichen Grundrechtsschranken ausdrücken, dass die "Geltungskraft" der Grundrechte unterschiedlich sei¹¹. Der den einzelnen Grundrechten unterschiedlich innewohnenden Affinität zum Grundrecht der Menschenwürde komme bei der Bestimmung der Rangordnung insofern lediglich ein komplementärer Charakter zu, als diese durch die Ausgestaltung der differenzierten Schranken bereits ihren Niederschlag gefunden habe. Schliesslich gelangt BLAESING zum Ergebnis, dass mit der Grundrechtsrangordnung eine Basis geschaffen werde, auf der die Lösung eines jeden Kollisionsfalles aufzubauen habe¹². Dabei könnten "etwaige Unzuträglichkeiten", welche auf den "tatsächlichen Gegebenheiten der einzelnen Konfliktsituation beruhen", durch Einbeziehung des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgeglichen werden¹³.

6 A.a.O. 109 ff.

7 A.a.O. 110.

8 A.a.O. 111.

9 A.a.O. 143 ff. unter Berufung auf Graf 128; Lepa 161 ff., 167; F. Müller, Positivität 54 f. zum Kriterium der "Nähe der Menschenwürde" (vgl. anschliessend 99).

10 Wobei er eher zur Ansicht neigt, dies sei unbewusst geschehen, a.a.O. 144, Anm. 3.

11 Blaesing unterlässt es darzutun, weshalb vom Faktum "Schrankendivergenz" zwingend auf eine Rangordnung geschlossen werden muss. Im übrigen vermeidet er den Ausdruck "Wert-rangordnung", weil dieser zu sehr mit "ethischen", also vorrechtlichen Vorstellungen verbunden sei, a.a.O. 147.

12 A.a.O. 151.

13 A.a.O. 152.

III Rangunterschiede aufgrund unterschiedlicher thematischer Nähe zur Menschenwürde

DIETEL stellt das Kriterium der thematischen Nähe eines Grundrechts zur Menschenwürde ins Zentrum seiner Rangüberlegungen. Damit setzt er, im Sinne der Darlegungen von BLAESING, bei der ethischen Rechtfertigung für die formal durch unterschiedliche Schranken zum Ausdruck gebrachte Grundrechtsrangordnung ein, die er dementsprechend auch wieder als *Wertrangordnung* bezeichnet. Einzige Konsequenz dieser These bleibt jedoch, dass das „Recht auf Leben“ in der Rangordnung an die erste Stelle gehört. Dazu sollen „Ansprüche auf personale Freiheit“, wie Freiheit der Meinungsbildung, der inneren Überzeugung, der Weltanschauung und des Glaubens als unmittelbarer Ausdruck menschlicher Personalität „höchste Wertigkeit“ verdienen¹⁴. Nur gerade für die alleinige Aussage, das Recht auf Leben stehe an erster Stelle, bedarf es freilich der Konstruktion einer Rangordnung kaum¹⁵. Im übrigen lässt DIETEL weitgehend offen, in welchen konkreten Situationen solche Wertungsfragen bedeutsam sein könnten¹⁶.

IV Personengutwert vor Sachgutwert

Von einem ähnlichen Ansatzpunkt wie DIETEL ausgehend, argumentiert RÜFNER, indem er den Grundsatz der Menschenwürde – wie dies allgemein anerkannt sei – zu den „tragenden Konstitutionsprinzipien“ des Grundgesetzes zählt¹⁷. Die Stellung an der Spitze des Grundrechtskataloges und die Formulierung, die Menschenwürde sei „unantastbar“, beinhalte einen „prinzipiellen Vorrang“ vor allen anderen Grundrechtsvorschriften. Auch das Recht auf Leben genieße einen „eindeutigen Vorrang“, weshalb als Faustregel der Grundsatz „Personengutwert geht vor Sachgutwert“ gelten könne¹⁸. Im weiteren Verlauf seiner Untersuchungen distanziert

14 A.a.O. 575.

15 Ossenbühl, Spontandemonstration 79, weist noch auf die Schwierigkeiten hin, den Begriff „Menschenwürde“ zu erfassen. Dietel 576 will im übrigen eine höhere Wertigkeit von Grundrechten auch in deren Beziehung zu „anderen tragenden Verfassungsgrundsätzen“, insbesondere dem demokratischen Prinzip erkennen, ohne allerdings auch hier klare Konsequenzen aufzuzeigen, welche sich aus dieser höheren Wertigkeit ergeben könnten. Kritisch hierzu Ossenbühl, a.a.O. 78 f.; Friesenhahn G 11 weist grundlegend darauf hin, dass die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Würde des Menschen gewissermassen als Brennpunkt erscheint, in welchem sich die drei obersten Verfassungsprinzipien Demokratie, Rechtsstaat und Sozialstaat sammeln. Die unter diesen Prinzipien bestehenden Spannungen beeinflussten notwendig die Auslegung der Grundrechtsbestimmungen. Sicher hätten aber einzelne Grundrechte eine besondere Affinität zu *einem* dieser obersten Verfassungsprinzipien, wobei bei der Auslegung die beiden andern mitzubüberücksichtigen seien.

16 Kritisch zu dieser These, welche ihre Basis auch in gewissen Aussagen des Bundesverfassungsgerichtes findet, nach denen einzelnen Grundrechten eine besondere Nähe zur Würde des Menschen attestiert wird: Schneider 227 f. mit Hinweis auf BVerfGE 30, 173 (193) und 33, 125 (158).

17 Grundrechtskonflikte 461 ff. mit Hinweis auf BVerfGE 6, 32 (36).

18 A.a.O. 462 unter Berufung auf Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 14 f. zu Art. 1 Abs. 1 GG; Friesenhahn G 11, BVerfGE 30, 173 (193); 35, 202 (225).

sich RÜFNER freilich davon, aus dieser Faustregel für die Problematik der Grundrechtskonflikte Konsequenzen herzuleiten.

Losgelöst von Überlegungen, welche Rangordnungsfragen in einem weiteren Zusammenhang mit der Lösung von Grundrechtskonflikten behandelten, wurde im deutschen Schrifttum verschiedentlich angedeutet, dass geistigen und immateriellen Werten gegenüber dem Materiellen und Ökonomischen eine Vorrangstellung einzuräumen sei¹⁹. SCHNEIDER entnimmt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, dass sowohl die geistig-politische Betätigung, als auch der geistig-seelische Bereich der menschlichen Person hoch zu bewerten sei²⁰, wobei andererseits die Bedeutung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit und Selbstbestimmung nicht unterschätzt werden dürfe. Grundsätzlich schwinde „eine gewisse *abstrakt-generelle* Höherbewertung des Immateriellen gegenüber dem Materiellen ... bei alledem mit, auch wenn im *Einzelfall* z.B. eine Eigentumsposition gegenüber einer politischen Meinungsäußerung überwiegen“ könne²¹.

Im zitierten Fall hatte der Mieter einer Wohnung an der Aussenwand des Mietshauses Wahlpropagandaplakate angebracht. Der Hauseigentümer erwirkte auf dem Wege der Zwangsvollstreckung die Entfernung dieser Plakate; gleichzeitig hiess das angerufene zuständige Gericht eine Unterlassungsklage des Eigentümers gut und verbot dem Mieter, die Plakate wieder anzubringen.

Der Mieter gelangte letztinstanzlich an das Bundesverfassungsgericht und machte eine Verletzung der Art. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 13 Abs. 1 GG geltend.

Dem Bundesverfassungsgericht stellte sich damit die Frage, ob die sich aus Mietvertrag und Gesetz ergebenden privatrechtlichen Beziehungen zwischen dem Beschwerdeführer und dem Hauseigentümer durch grundrechtliche Normen derart beeinflusst wurden, dass bei Abwägung der sich entgegenstehenden Interessen ein Übergewicht zugunsten des Beschwerdeführers resultierte²². Grundsätzlich ging es also um die Lösung einer Grundrechtskollision, im wesentlichen zwischen Meinungsäußerungsfreiheit des Mieters und Eigentumsgarantie des Vermieters. Die entsprechende Interessenabwägung entschied das Bundesverfassungsgericht zugunsten des Hauseigentümers. Als entscheidend erachtete es dabei das vom Vermieter angeführte Bestreben, den „rechten sozialen Gebrauch von seinem Eigentum zu machen“²³, das heisst dessen Absicht, dass das friedliche Verhältnis der Mieter untereinander nicht gestört werden solle. Formell hatte somit das Recht auf freie Meinungsäußerung des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 5 Abs. 2 GG den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, im konkreten Fall den aus dem Eigentum fließenden Rechten des Vermieters, zu weichen. Inhaltlich ergab sich damit eine Höherbewertung des Eigentums vor dem (ideellen) Recht auf politische Meinungsäußerung.

19 Dürig in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Randnr. 10/11 zu Art. 2 Abs. 1 GG, vgl. auch Graf 128, Anm. 9.

20 A.a.O. 235 f.

21 A.a.O. 236 u.a. mit Hinweis auf BVerfGE 7, 230 (237); vgl. auch Zippelius 45; Nef 194 ff.

22 A.a.O. 234.

23 A.a.O. 237.

Dieser Erscheinung misst SCHNEIDER lediglich den Stellenwert einer "Tendenz und Regelmässigkeit bei Rangeinstufungen in die Wertrangordnung" zu, neben der auch andere Tendenzen eine gewisse Grundeinstellung des Bundesverfassungsgerichts kennzeichnen. Im Endeffekt befürwortet er jedenfalls eine einzelfallbezogene Lösung eines verfassungsrechtlichen "Güterkonfliktes"²⁴.

§ 14 Die Ablehnung einer Grundrechtsrangordnung

I Allgemeines

Vom überwiegenden Teil der deutschen Lehre wird die Existenz einer Ranghierarchie unter den Grundrechten abgelehnt. Ausgehend von der Absage an die Vorstellung, im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes sei ein System von Grundrechten im Sinne einer "logisch-systematischen Ordnung" verwirklicht, stellt SCHEUNER fest, die Konstruktion einer Hierarchie unter Grundrechten werde gerade durch die Annahme eines solchen Systems begünstigt, finde aber keine Grundlage in der Verfassungsnorm und öffne zu leicht "subjektiven Schwankungen" die Tür²⁵. Ähnlich argumentiert SCHWACKE: Grundrechte seien nicht in einer Wertordnung im Sinne eines feste Rangverhältnisse ausweisenden systematischen Zusammenhanges miteinander verbunden. Wertdifferenzen zwischen den einzelnen Grundrechten könnten sich nicht ergeben, weshalb von einer Gleichwertigkeit der Grundrechte auszugehen sei²⁶.

F. MÜLLER kommt, ausgehend von der Forderung, bei der Konkretisierung der Grundrechte müsse zunächst eine Analyse der Normbereiche vorgenommen werden, zum Ergebnis, die Einsicht in die — noch weiter zu differenzierende — sachliche Eigenständigkeit grundrechtlicher Normbereiche stehe einer verbalen Abwägung wie auch generell der These, wonach eine materielle Höherwertigkeit einzelner Normgehalte gegenüber andern Normgehalten der Verfassung rational begründbar sei, entgegen²⁷. Eine zu befürwortende harmonisierende Verfassungsauslegung müsse versuchen, die Norm- und Sachgehalte der Grundrechtssätze zu einer sinnvollen Ordnung zusammenzufügen, ohne sie als Wertordnung vorauszusetzen. Schon die grammatische Auslegung (als sprachlicher topos der Konkretisierung) weise auf "bemerkenswerte Graduierungen" hin, welche ihren Ursprung aber letztlich in der Verschiedenheit der garantierten Materien und ihrer realen Strukturen, ihrer Objektivierbarkeit, im Grad ihrer Rechtserzeugtheit und ihrer rechtlichen Gestaltbarkeit hätten. Diese Konzeption lasse zwar eine Zuordnung der einzelnen Normgehalte in Richtung einer als sinnvoll zusammengehörig empfundenen Ordnung je für sich eingeprägter Garantiebereiche zu²⁸; allerdings könne deshalb weder ein lücken-

24 A.a.O. 234 ff., 237 f.

25 Funktion 509; Pressefreiheit 51 ff.

26 A.a.O. 73 f. besonders Anm. 681, 684; ferner 88.

27 Normstruktur 212 ff.

28 Vgl. auch K. Hesse 134 f. im Zusammenhang mit "Aufgabe und Tragweite der Begrenzungen" der Grundrechte.

loses, logisch geschlossenes Grundrechtssystem noch eine das Verfassungsrecht ausserpositiv dominierende "natürliche" oder sonst übergeschichtliche Rangordnung absoluter Werte resultieren²⁹. An anderer Stelle betont derselbe Autor, Grundrechte seien im Verhältnis zueinander gleichrangig, wogegen "Sachen und Ziele, die moralisch oder verfassungspolitisch gegenüber anderen als höherwertig beurteilt werden", mit formalen Mitteln im positiven Recht gesteigerten Schutz eingeräumt erhalten haben könnten³⁰. Ausserrechtliche Bewertungen setzten sich nicht von selbst in dem Sinne fort, dass Normen desselben Ranges, also beispielsweise Grundrechte, einander über- oder untergeordnet werden dürften. In der Schrankendivergenz bei Grundrechten erkennt F. MÜLLER eine Manifestierung der verschiedenen Grade rechtlicher Sicherung, aus welchen aber keine Schlüsse auf eine Werthierarchie unter den geschützten Normbereichen gezogen werden dürften³¹.

II Keine Lösung von Grundrechtskonflikten aufgrund der Höherrangigkeit eines der beteiligten Grundrechte

Abgelehnt wird die Existenz einer Grundrechtsrangordnung speziell auch von denjenigen Autoren, welche sich gegen eine abstrakte Lösungsmethode zur Lösung von Grundrechtskonflikten wenden und für eine einzelfallorientierte Beurteilung solcher Konflikte eintreten³². Dabei wird die Eignung einer auf einer solchen Rangordnung basierenden Lösungsmethode mit dem Hinweis auf den Mangel an hinreichenden Hierarchie-Kriterien verneint³³. Namentlich die den Grundrechten beigegebenen Schrankenvorbehalte könnten kein Wertindiz sein, da das Grundgesetz kein Schrankensystem enthalte und daher ohnehin die einzelnen Grundrechtsschranken nicht "allein und befriedigend aus dem Wortlaut des Grundgesetzes selbst zu ermitteln" seien³⁴.

Die "Beziehung zu verfassungsrechtlichen Fundamentalnormen" stelle ebenfalls kein Privilegierungskriterium dar, denn einerseits hätten mehrere Grundrechte in ähnlicher Weise Beziehung zum Demokratiegebot, andererseits stellten andere Grundrechte Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips dar, "welches seinerseits als verfassungs-

29 A.a.O. 217.

30 Einheit 204 ff.

31 Wenn F. Müller dennoch für die Lösung von Konkurrenzen schrankendivergenter Grundrechte die weitergehenden Grenzen auf die weniger beschränkbare oder vorbehaltlose Garantie nicht angewendet haben will, so geschieht dies nicht im Sinne einer Bevorzugung der "freiheitlicheren" Bestimmung gegenüber der eingeschränkteren – als Anerkennung eines Vorranges – sondern deshalb, weil "aus rechtsstaatlichen Gründen die Grenzen des einen Grundrechts auf andere Garantien nicht übertragbar" seien; Einheit 206 f. mit Hinweisen auf Berg 80 f.; 82; 85 f. usw.; F. Müller, Positivität 52; vgl. auch derselbe, Freiheit der Kunst 54.

32 Siehe vorn 31 ff., 34 ff.

33 Ossenbühl, Spontandemonstration 77 ff.

34 Ossenbühl, Spontandemonstration 78 unter Berufung auf Bettermann 3; vgl. auch vorn 22 ff.

rechtliche Fundamentalnorm dem Demokratiegebot gleichrangig" gegenüberstehe³⁵. Schliesslich bilde auch die Nähe zur Menschenwürde keine Grundlage für eine Grundrechtsrangordnung³⁶. Eine Rangabstufung soll nach OSSENBÜHL aber prinzipiell auch deshalb scheitern, weil eine Konfliktlösung gar nicht dazu führen darf, ein Grundrecht einem andern aufzuopfern, sondern weil bei einer entsprechenden Abwägung den kollidierenden Grundrechten ein angemessener Geltungsraum gesichert werden müsse³⁷. Dementsprechend betont RÜFNER³⁸, bei der Behandlung von Entscheidungskriterien für Grundrechtskollisionen im praktischen Fall könne sich die Frage einer allfälligen Höherrangigkeit eines Grundrechts gegenüber einem andern nicht stellen, weil das Grundgesetz nicht miteinander unvereinbare Grundrechte garantiere. Die Beurteilung eventueller Widersprüche sei am Prinzip der *Einheit der Verfassung* – als Auslegungsrichtlinie im Sinne einer Harmonisierung – zu orientieren und hätte die optimale Verwirklichung aller beteiligten Grundrechte zu realisieren³⁹. Dies verbiete eine Maximierung eines Grundrechts zufolge seines vermeintlich höheren Ranges. Im gleichen Sinne argumentiert BETHGE⁴⁰, welcher bei Grundrechtskollisionen jedesmal die Berücksichtigung des Einzelfalles fordert. Da sich solche Einzelfälle niemals in allem gleichen, seien keine sich mit der Zeit bildenden starren Regeln zu erwarten, welche eine einfache Subsumtion des einzelnen Falles ermöglichten, wenn auch die Fallvergleiche vielleicht eine gewisse Typisierung von Fallgruppen bewirke. Jedenfalls sei auch die "Faustregel" "Personengutwert geht vor Sachgutwert" höchst "anfällig". Generell lehnt BETHGE die Konstruktion einer Grundrechtsrangordnung ab⁴¹.

35 Ossenbühl, Spontandemonstration 78 f.

36 Siehe vorn 99.

37 A.a.O. 79 unter Berufung auf Adolf Arndt, Zur Güterabwägung bei Grundrechten, NJW 1966 872.

38 Grundrechtskonflikte 465 f.

39 K. Hesse 28; F. Müller, Einheit 195 ff.

40 A.a.O. 318 f.

41 A.a.O. 29, 269. Lepa 167, der in ähnlicher Weise für die Lösung von Grundrechtskollisionen "auf dem Boden der Einheit der Verfassung" fordert, jedes Grundrecht müsse sich so stark entfalten können, wie das entgegenstehende Grundrecht bzw. Interesse dies zulasse, wobei alle Gegebenheiten des konkreten Falles zu berücksichtigen seien, will unter anderem als Entscheidungskriterium gelten lassen, welchen der beteiligten Grundrechte im Verfassungsgefüge das höhere Gewicht zukomme, worüber die Abstufung der Schrankenvorbehalte von "indizieller Bedeutung" sei.

6. Kapitel

Unterschiedliche Ranghöhe von Grundrechten im schweizerischen Verfassungsrecht

Vorbemerkungen

Die Diskussionen um eine Grundrechtsrangordnung sind in Deutschland einerseits aufgrund einer von einem Teil der Lehre konstruierten systematischen Erfassung der den Grundrechten beigegebenen Schrankenvorbehalte entstanden, haben andererseits aber speziell das Problem einer möglichen Eignung als Maxime für eine abstrakte Lösungsmethode für Grundrechtskonflikte zum Inhalt gehabt. Beide Aspekte finden in der Schweiz keine Entsprechung: Weder verleitet ein systematisch fassbarer Katalog von aufeinander bezogenen Grundrechtsschranken zum Versuch, eine darauf fussende Grundrechtsrangordnung zu konstruieren, noch finden sich in der ohnehin spärlichen Literatur und Rechtsprechung zu Grundrechtskonflikten Ansätze für eine abstrakte Lösungsmethode solcher Konflikte aufgrund wertmässiger Unterschiede unter den Grundrechten. Dennoch erscheinen in Literatur und Rechtsprechung punktuelle Andeutungen, welche auf eine Höherbewertung der einen oder andern Grundrechtsgruppe hindeuten. Als in dieser Hinsicht auffälligste Unterscheidung erweist sich dabei diejenige der sogenannten "ideellen" gegenüber den "wirtschaftlichen" Grundrechten.

§ 15 Ungleiche Behandlung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte

I Allgemeines

Die Begriffe der ideellen und der wirtschaftlichen Grundrechte werden im Schrifttum ohne weitere Erklärungen für die Bezeichnung zweier Grundrechtsgruppen verwendet¹. Die ideellen Grundrechte sind diejenigen, welche "ideelle" Werte schützen, also unter anderen etwa Glaubens- und Gewissensfreiheit und Meinungsäusserungsfreiheit, während die Handels- und Gewerbefreiheit und die Eigentumsgarantie – als Schutzgarantien "materieller" Güter und Ansprüche – wirtschaftliche Grundrechte bilden. Die Differenzierung dieser beiden Gruppen liegt also in der Art der durch die entsprechenden Grundrechte geschützten Güter.

¹ Saladin, Grundrechte im Wandel 329; Venanzoni, Konkurrenz 287 ff.; Stalder 69 bei Anm. 2; 122 f.

Im folgenden soll gezeigt werden, in welchen Richtungen zwischen den genannten Grundrechtskategorien Unterschiede erkannt und dargestellt worden sind und welche Schlüsse sich daraus für die Beurteilung der Frage ergeben, ob in irgendeiner Weise eine dieser Gruppen eine bevorzugte Behandlung gegenüber der andern verdient.

II Die "preferred-freedom"-These

A) Begriff und Bedeutung der "preferred-freedom"-These in den USA

1. Begriff und Herkommen

Die Theorie einer "preferred position" von Grundrechten beruht auf der Überlegung, dass verschiedene innerhalb einer Rechtsordnung geschützte Werte miteinander kollidieren können, so dass es nicht möglich ist, alle in vollem Umfang zu verwirklichen. Stärkeres Gewicht sollten in einem solchen Fall eben die in den "preferred-position"-Grundrechten verankerten Garantien erhalten. Diese Auffassung stammt aus den USA, wo man den Grundrechten des Ersten Verfassungszusatzes der Verfassung (First Amendment) eine "preferred position" zugestanden hat. Das First Amendment verbietet die Einführung einer Staatsreligion und garantiert die freie Glaubensausübung; ausserdem werden die Rede- und Pressefreiheit, sowie das Recht des Volkes auf friedliche Versammlung und das Recht, von der Regierung Abhilfe gegen Missstände zu verlangen (Petitionsrecht) gewährleistet². Damit sollten also speziell die ideellen Grundrechte mit einem bestmöglichen grundrechtlichen Schutz ausgestattet werden, wogegen die "soziale Geltung" der wirtschaftlichen Grundrechte als "minderwertiger" eingestuft wird³ mit der Konsequenz, dass im Falle eines Zusammentreffens eines im First Amendment aufgeführten Grundrechtes mit einem wirtschaftlichen die Berufung auf das letztere nicht sollte "durchschlagen" können⁴. Die Begründung für die Hoherbewertung der genannten ideellen Grundrechte wird aus der Grundentscheidung der Verfassung für die freiheitliche Demokratie hergeleitet⁵. Insbesondere erfordere diese Grundentscheidung eine unverbrüchliche Gewährleistung jener Freiheitsrechte, welche die

2 Dumbauld Edward, *The Bill of Rights and What It Means Today*, 2. Aufl. Norman Oklahoma 1963, 103 ff., 127 ff.; Abraham Henry J., *Freedom and the Court. Civil Rights and Liberties in the United States*, 2. Aufl. New York u.a. 1972, 13 ff.; Konvitz Milton R., *Fundamental Liberties of a Free People. Religion, Speech, Press, Assembly*, 3. Aufl. Ithaca, New York 1963, Stalder 14 bei Anm. 30, 69 ff., 75 bei Anm. 30; Saladin, *Grundrechte im Wandel* 77.

3 Stalder 69; Leuenberger 107; Huber, *Schutz der Werbung* 301, 303, welcher noch besonders darauf hinweist, dass im amerikanischen Verfassungsrecht kein grundsätzlich zusammengefasster Normbereich wirtschaftlicher Freiheit für den Einzelnen besteht, sondern dass die Wirtschaftsfreiheit aus verschiedenen Urteilen der Rechtsprechung hergeleitet werden muss.

4 Abraham 7 ff.; Stalder 69.

5 Abraham 9 f.; Steinberger 324 mit Hinweisen in Anm. 183.

Voraussetzung für die Bildung und Artikulierung des politischen Willens darstellen, also eben besonders die Meinungsäusserungsfreiheit, Pressefreiheit, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit. Eine Verkürzung dieser Rechte, welchen ja auch die Funktion von Mitwirkungskompetenzen am verfassungsrechtlich gewährleisteten Willensbildungs- und Entscheidungsprozess zukommt, beeinträchtigt den "demokratischen Prozess" an seiner Quelle⁶, weil damit einer Minderheit durch eine Mehrheit die Chance entzogen werden könnte, in demokratischer Weise ein Anliegen zu verbreiten und politischen Einfluss auszuüben. Demgegenüber sollte die Wirtschaftsordnung gegenüber Korrekturen der Mehrheit flexibel bleiben.

2. Bedeutung im Verfassungsrecht der USA

Die "preferred-freedom"-These erlebte in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court in den Vierzigerjahren ihre Blütezeit, wurde aber in der späteren Rechtsprechung kaum mehr erwähnt⁷. In der Zeit ihrer Geltung entwickelte der Supreme Court verschiedene Thesen, welche die bevorzugte Behandlung der First-Amendment-Grundrechte sicherstellten⁸. Zu den bedeutensten dieser Thesen wird die sogenannte "hands-off"-Haltung gezählt, welche beinhaltet, dass die Vermutung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen bei den First-Amendment-Grundrechten nicht im gleichen Mass gilt wie bei wirtschaftlichen Grundrechten. Dies bedeutete, dass der Verfassungsrichter Einschränkungen jener ideellen Grundrechte einer bedeutend qualifizierteren Prüfung unterzog, ohne dass deswegen allerdings – wie das im Schrifttum auch vertreten worden war – geradezu eine Vermutung für die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, welche Grundrechte des First Amendment betrafen, bestand⁹.

Ein weiterer Grundsatz verankerte das Verbot, die freie Meinungsäusserung durch präventive Massnahmen einzuschränken¹⁰. Schliesslich hatte auch der Grundsatz, nach dem Grundrechtsbeschränkungen nur im Falle von "clear and present danger" erfolgen können, im Zusammenhang mit den "preferred freedoms" des First Amendments eine tragende Bedeutung erlangt¹¹.

6 Krislov Samuel, *The Supreme Court and Political Freedom*, New York 1968, 28 ff.; Abraham a.a.O. 13 ff.; Steinberger 324; Stalder 72 f.

7 Dumbauld (Anm. 2) 127 ff.; Stalder 70 ff. Stalder weist gleichzeitig darauf hin, dass die hinter dieser Doktrin stehende Idee lebendig geblieben sei, ja sich sogar noch ausgeweitet habe, da der "equal protection clause" des 14. Amendments in Verbindung mit dem 15. Amendment und den prozessualen Garantien, welche den Angeschuldigten im Strafprozess durch das 6. Amendment zugesichert werden, eine erhöhte Bedeutung zuerkannt worden sei, a.a.O. 121; Steinberger 323 bei Anm. 181.

8 Vgl. dazu einlässlich Stalder 89 ff.

9 Krislov (Anm. 6) 83 f., 116 ff.; Stalder 91; Morand, *Tendances* 49; Leuenberger 108; Steinberger 323 f.; Fischer 176; Grossmann 198.

10 Konvitz (Anm. 2) 173 ff.; Stalder 93.

11 Krislov (Anm. 6) 84 ff., 89 f.; Konvitz (Anm. 2) 273 ff.; Dumbauld (Anm. 2) 115 ff.

Während Morand, *Tendances* 49, diesen Grundsatz als Konsequenz der Anerkennung von

B) *“Preferred position” der ideellen Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht*

1. Die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichts

Die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichtes weist keine mit der amerikanischen “preferred-freedom”-Doktrin verwandte Bevorzugung einer Grundrechtsgruppe auf. Die Einstufung der einzelnen Grundrechte ist jeweils einzelfallorientiert erfolgt, “unpathetisch, nüchtern, undoktrinär”, wie SALADIN es nennt. Sie sei als “Ausdruck eines Grundrechtsdenkens, das mehr am Leitbild einer bestimmten Form politischen und wirtschaftlichen Zusammenlebens als an dem der unbändigen Entfaltung menschlicher Individualität oder an dem eines möglichst intensiven Schutzes menschlicher Personalität orientiert” sei, erschienen¹². MORAND behauptet sogar, dass die Rechtsprechung nicht nur den ideellen Grundrechten eine bevorzugte Behandlung versagt habe¹³, sondern geradezu den wirtschaftlichen Grundrechten eine solche habe angedeihen lassen¹⁴.

So habe in der Behandlung der ideellen und der wirtschaftlichen Grundrechte ein “double standart” geherrscht, was sich unter anderem darin geäussert habe, dass für Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit – anders als bei anderen Grundrechten – nicht ein öffentliches Interesse genügt habe, sondern dass wirtschaftspolitische und lange Zeit auch sozialpolitische Massnahmen, selbst wenn sie dem öffentlichen Interesse gedient hätten, grundsätzlich als verfassungswidrig behandelt worden seien¹⁵. Auch in bezug auf die gesetzliche Grundlage seien andere Kriterien berücksichtigt worden: während bei ideellen Grundrechten gewöhnlich ein Gesetz im materiellen Sinn oder die weit interpretierbare polizeiliche Generalklausel für einen Eingriff genügt hätten, habe man bei der Handels- und Gewerbefreiheit in Art. 32 Abs. 1 BV ein – anspruchsvolleres – Gesetz im formellen Sinn für die Zulässigkeit wirtschaftspolitischer Massnahmen verankert. Auch die ältere Rechtsprechung zum Kinogewerbe, bei welchem das Bundesgericht stets von der Handels- und

“preferred freedoms” bezeichnet, zeigt Stalder 98 ff. auf, dass der “clear and present danger”-Test in erster Linie grundsätzlich die individuelle Freiheit vom polizeilichen Eingriffsrecht abgrenze, während die “preferred-freedom”-These das Verhältnis der First-Amendment-Grundrechte zu den andern Freiheitsrechten zum Gegenstand habe; ferner Steinberger 303 ff. ausführlich zum Grundsatz “clear and present danger”; 322 zum Verhältnis dieses Prinzips zu der “preferred-freedom”-Doktrin.

12 Grundrechte im Wandel 329; an anderer Stelle ergänzt Saladin, das Bundesgericht habe sich kaum je um eine *systematische Rangierung* der “Individualrechte” bemüht; wo es die Durchschlagskraft verschiedener Grundrechte eher beiläufig miteinander verglichen habe, sei auch das Ergebnis mehr oder weniger zufällig zustande gekommen; für die Annahme von “preferred freedoms” fehle jeder grundsätzliche Hinweis, a.a.O. 380; Stalder 126, 135 ff.

13 Vgl. auch Saldin, Grundrechte im Wandel 329, bezüglich der “Religionsfreiheit”.

14 Les droits fondamentaux 208 ff.

15 Morand, Les droits fondamentaux 208 unter Berufung auf Aubert, Traité no 1915, S. 682. Inzwischen hat das Bundesgericht auch sozialpolitische Motive für einen Eingriff in die Handels- und Gewerbefreiheit anerkannt, vgl. BGE 97 I 499 ff.

Gewerbefreiheit angegangen sei, beweiße “une conception purement mercantile de cette forme d’expression ...”¹⁶.

Auch die Eigentumsgarantie sei lange Zeit bevorzugt behandelt worden. Zunächst sei sie zeitlich vor ebenso fundamentalen ideellen Freiheitsrechten als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannt worden. Schliesslich räumten schwerwiegende Eingriffe in das Eigentumsrecht dem Geschädigten einen verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf volle Entschädigung ein, während beispielsweise der zu Unrecht Inhaftierte unter dem Gesichtswinkel seines durch die persönliche Freiheit garantierten Schutzes keinen vergleichbaren Anspruch geltend machen könne, obwohl auch er schwer beeinträchtigt worden sei¹⁷.

Diese These erscheint etwas überspitzt formuliert. Die noch junge Rechtsprechung des Bundesgerichts zur persönlichen Freiheit beinhaltet in erster Linie eine positive Umschreibung des Schutzbereiches dieses Grundrechts, entsprechend den in den zu beurteilenden Fällen geltend gemachten Schutzbedürfnissen. Dagegen erfolgte die Bestimmung dieses Bereiches nicht in der Absicht, dieses Grundrecht systematisch in den Katalog der übrigen Grundrechte einzugliedern, wobei dies durch eine Differenzierung der möglichen Beschränkbarkeit hätte zum Ausdruck gebracht werden sollen. Überhaupt hat das Bundesgericht die von Grundrecht zu Grundrecht variierenden Schranken nicht dogmatisch konsequent in der Weise differenziert, dass es eine klare Unterscheidung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte vorgenommen und bei der Bestimmung von Grundrechtsschranken die “Persönlichkeitsnähe” der betroffenen Grundrechte mitberücksichtigt hat¹⁸.

2. Der Fall Aleinick (BGE 96 I 586 ff.)

Anlass zu einer vertiefteren Auseinandersetzung mit der Frage, ob in der Schweiz Wertunterschiede zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten bestehen, bot BGE 96 I 586 ff.

In Genf hatte eine Frau auf dem Trottoir an das Personal eines Industriebetriebes Flugblätter verteilt, wofür sie keine Bewilligung eingeholt hatte, obwohl sie dies gemäss einer kantonalen Vorschrift hätte tun sollen. Sie wurde deswegen gebüsst, gelangte aber in der Folge mit staatsrechtlicher Beschwerde an das Bundesgericht. Unter anderem machte sie geltend, in der Ausübung ihrer Meinungsäusserungsfreiheit, Pressefreiheit und Versammlungsfreiheit beeinträchtigt worden zu sein.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass das verteilte Traktat grundsätzlich den Schutz der Pressefreiheit genieße¹⁹. Danach führte es aus, dass die Pressefrei-

16 Morand, Les droits fondamentaux 209; Fischer 177. Morand übersieht, dass Lehre und Praxis im Rahmen von Art. 32 Abs. 1 BV eine Gesetzesdelegation für zulässig erachten, vgl. Imboden/Rhinow I Nr. 63, B. II, S. 379; VEB 1958 Nr. 11, S. 52 f.

17 Morand, Les droits fondamentaux 209 f.

18 Haller 137 f.; Saladin, Grundrechte im Wandel 329, 349; E. Grisel, Définition 99.

19 A.a.O. 586 ff., Erw. 3a–c.

heit, wie alle andern Freiheitsrechte auch, nicht absolut gelten könne, insbesondere seien die Anforderungen der öffentlichen Ordnung, also Ruhe, Sittlichkeit, Sicherheit und Gesundheit, sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr als Grenzen der Pressefreiheit zu betrachten, wobei allfällige Beschränkungen dem Prinzip der Verhältnismässigkeit unterzuordnen seien. Für die Pressefreiheit gelte besonders, dass Massnahmen präventiver Art nicht zulässig seien²⁰. Zwar könne der Verkauf von Druckerzeugnissen auf öffentlichem Grund – ähnlich dem Hausieren – einer vorgängigen Bewilligungspflicht unterliegen, aber auch dann sei eine eigentliche Zensur nicht möglich. Die Vorschriften über das Hausieren seien nicht anwendbar bei der kostenlosen Verteilung von Druckerzeugnissen. Ohne Prüfung der Frage, ob das Verteilen der Flugblätter als gesteigerter Gemeingebrauch angesehen werden müsse²¹, führte das Bundesgericht aus, die Meinungsäusserungsfreiheit, von welcher die Pressefreiheit ein blosser Anwendungsfall sei, gelte als ungeschriebenes Verfassungsrecht. Sie sei aber nicht nur “une condition de l'exercice de la liberté individuelle” und “un élément indispensable à l'épanouissement de la personne humaine”, sondern Grundlage des demokratischen Staates schlechthin. Da sie die freie Meinungsbildung, namentlich die politische Meinungsbildung ermögliche, verdiene sie “dès lors une place à part dans le catalogue des droits individuels garantis par la constitution et un traitement privilégié de la part des autorités”²². Gleichwohl sei die Meinungsäusserungsfreiheit nicht unbegrenzt, wobei man sich übrigens fragen könne, ob die in der Verfassung bei geschriebenen Grundrechten vorbehaltenen Schranken einfach auf die ungeschriebenen übertragen werden könnten. Das sei aber nicht zu beantworten, genüge doch die Feststellung, dass die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit keine vorgängige Bewilligung dulde, auch wenn die Meinungsäusserung auf öffentlichem Grund erfolge. Die staatsrechtliche Beschwerde wurde gutgeheissen.

20 A.a.O. 589 u.a. mit Hinweisen auf Ludwig 114; Aubert, *Traité* no 2094, S. 735.

21 Bosshart 86 f., 126, kritisiert, dass das Bundesgericht diese Frage offen liess. Die Verfassungsmässigkeit der Bewilligungspflicht und die Gemeinverträglichkeit seien voneinander gar nicht zu trennen. Die Entscheidung, wonach eine bestimmte Benützung des öffentlichen Grundes bewilligungsfrei sei, bedeute, dass sie von Bundesrechts wegen zum Gemeingebrauch zu zählen sei. Das komme aber sowieso nur in Frage, wenn genügend “Gemeinverträglichkeit” gegeben sei. Vgl. auch den Entscheid des Bundesgerichtes in ZBl. 78 (1977) 357 ff., wo die Bewilligungspflicht nicht als verfassungswidrig bezeichnet wurde. Die Frage der Bewilligungspflicht war hier im Unterschied zum Aleinick-Fall auch unter dem Aspekt der Handels- und Gewerbefreiheit zu beurteilen, da eine politische Zeitschrift zum bescheidenen Preis von Fr. –.50 öffentlich verkauft wurde.

22 A.a.O. 592, Erw. 6.

3. Das Aleinick-Urteil als Ausdruck einer gewandelten, die ideellen Grundrechte bevorzugenden Grundrechtsauffassung?

a) Das Aleinick-Urteil als Einzelentscheid

Das Aleinick-Urteil, insbesondere die darin enthaltene Feststellung, die Meinungsäusserungsfreiheit verdiene eine privilegierte Behandlung, hat in der Literatur lebhaft Diskussionen ausgelöst. Teilweise erkannten gewisse Autoren eine Verwandtschaft mit der "preferred-freedom"-Doktrin des Supreme-Court²³, namentlich weil die Benützung des öffentlichen Grundes zur Ausübung eines ideellen Grundrechts von Verfassungen wegen in einem gewissen Umfang erlaubt wurde, während dies bei der Ausübung der Handels- und Gewerbefreiheit noch nie geschehen war²⁴. Andere Autoren nahmen eine grundsätzliche Aufwertung der ideellen Grundrechte zur Kenntnis²⁵ oder stellten etwas pathetisch fest, das Bundesgericht habe sich in ein verfassungsrechtliches Abenteuer gestürzt, bei dem es nicht alle Widersprüche abgewogen habe, und bezeichneten den Entscheid als "petite révolution jurisprudentielle"²⁶.

Bedeutete nun der Fall Aleinick wirklich "le prélude d'une transformation profonde du système des valeurs", wie es offenbar den Anschein machte²⁷ oder enthielt dieser Entscheid ein blosses "deklaratorisches Diktum ohne normativen Wert"²⁸? Das Bundesgericht gab die Antwort auf diese Frage schon mit dem Entscheid 98 Ia 56 ff., als es zu beurteilen hatte, ob das Verbot einer öffentlichen Stellungnahme für einen Anwalt noch mit Art. 31 BV vereinbar und ob eventuell die Presse- und die Meinungsäusserungsfreiheit beeinträchtigt seien. Wie bereits dargelegt²⁹ unterliess das Gericht die Prüfung der Frage, inwieweit das Vorgehen des Anwaltes im einzelnen in den Bereich der letzteren Grundrechte falle, und betrachtete die Berufung auf die Presse- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit als unangebracht, da die angefochtene Massnahme mit Art. 31 BV vereinbar erschien³⁰. Und im Entscheid 98 Ia 362 ff. stellte das Bundesgericht fest, aus der Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit lasse sich kein Anspruch des Bürgers ableiten, dass der Staat zu ihrer Ausübung besondere Einrichtungen zur Verfügung stelle. Der Studentenschaft der Universität Zürich standen damit die Räume der Universität für Veranstaltungen ausserhalb des Lehrbetriebes nicht ohne weiteres offen. Damit zeigte das

23 Stalder 129; wohl auch A. Grisel, *Juridiction* 223; Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Vorwort X f.; Morand, *Tendances* 48 ff.

24 Bosshart 115; J.P. Müller, *Staatsleitende Grundsätze* 279; A. Grisel, *Juridiction* 223.

25 Leuenberger 108.

26 Morand, *Tendances* 48.

27 Morand, *Les droits fondamentaux* 210.

28 Stalder 130.

29 Siehe vorn 58 f.

30 A.a.O. 63, Stalder 142 wertet diesen Entscheid als Rückfall in einen "undifferenzierenden Grundrechtsegalitarismus". Im hier vergleichbaren Entscheid ZBl. 78 (1977) 357 ff. fehlen Ausführungen, welche der Pressefreiheit in ähnlicher Weise eine bevorzugte Stellung zugehen.

Bundesgericht deutlich auf, wo es die Grenzen des “*traitement privilégié de la part des autorités*”³¹ bei der Meinungsäusserungsfreiheit zu setzen gewillt war. Damit war das Bundesgericht doch nicht grundlegend über seinen Schatten gesprungen³². Das Aleinick-Urteil erwies sich in der Formulierung zwar als Einzelfall³³. Dennoch hatte es für die spätere Rechtsprechung gewisse Auswirkungen, speziell soweit die Ausübung von Grundrechten auf öffentlichem Grund zur Debatte stand³⁴.

b) Die Ausübung von Grundrechten auf öffentlichem Grund

Als das Bundesgericht im Entscheid 100 Ia 392 ff. – in welchem es der Demonstrationsfreiheit die Anerkennung als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht verweigerte – zu beurteilen hatte, ob das Verbot, zu einer bestimmten Zeit auf dem Landsgemeindeplatz in Zug eine Demonstration durchzuführen, vor der Verfassung standhalte, gelangte es zum Ergebnis, dass im Bewilligungsverfahren bei der Benützung öffentlichen Grundes in einer den gewöhnlichen Gemeindegebrauch übersteigenden Form neben dem Gesichtspunkt polizeilicher Gefahrenabwehr auch andere öffentliche Interessen berücksichtigt werden durften. Dabei sei die zuständige Behörde jedoch nicht nur an das Willkürverbot und den Grundsatz der Rechtsgleichheit gebunden, sondern habe darüber hinaus “den besonderen ideellen Gehalt der Freiheitsrechte, um deren Ausübung es geht, in die vorzunehmende Interessenabwägung einzubeziehen”³⁵. Praktisch bedeutete dies im zu beurteilenden Fall, dass die zuständige Zuger Behörde die Durchführung der Manifestation auf einem anderen, geeigneten Platz nicht nur nicht verbieten durfte, sondern geradezu ein solches Areal zur Verfügung zu stellen hatte³⁶. Mit diesem Entscheid anerkannte das Bundesgericht – speziell für die in Frage stehenden Grundrechte ideeller Natur – einen bedingten Anspruch auf die Benützung des öffentlichen Grundes, also auf eine beschränkte staatliche Leistung bei der Ausübung eines Grundrechts³⁷, währenddem

31 BGE 96 I 586 ff., 592, Erw. 6, vgl. vorn 108 ff.

32 Stalder 130; Morand, *Les droits fondamentaux* 210, konstatiert, dass das Bundesgericht aus dem Aleinick-Entscheid keine praktischen Konsequenzen gezogen habe; kritisch ferner auch Saladin, *Grundrechte im Wandel*, Vorwort XI.

33 Eine gewisse Anlehnung an dieses Urteil enthält ein Entscheid der Justizabteilung vom 19. April 1974 (VPB 38 (1974) Nr. 64), wo es heisst, die Ausübung der Meinungsäusserungsfreiheit sei mit geringeren Risiken für die polizeilichen Güter verbunden, weshalb bei der Anordnung kantonaler und eidgenössischer Beschränkungen sowohl hinsichtlich der Wahl des Zeitpunktes (Verbot von Präventivmassnahmen) als auch hinsichtlich ihrer Intensität grössere Zurückhaltung als bei der Versammlungsfreiheit geboten sei, damit dem Verhältnismässigkeitsprinzip Genüge getan werde.

34 In diesem Sinne Stalder 130.

35 A.a.O. 402, Erw. 5.

36 A.a.O. 405, Erw. 6c.

37 Wie Stalder, 130 f., vermerkt, in deutlichem Gegensatz zum vorn erwähnten Entscheid 98 Ia 362 ff.; Haller 141 bemerkt, eine differenzierende Betrachtungsweise sei insofern angebracht, als es sich bei Hochschulräumen um Verwaltungsvermögen, nicht um Sachen im Gemeindegebrauch handle; vgl. auch Huber, *Schutz der Werbung* 304.

es einen solchen Anspruch bei der Handels- und Gewerbefreiheit jeweils kategorisch abgelehnt hatte. Die damit gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit offenbar bevorzugte Behandlung der ideellen Grundrechte³⁸ wurde wenig später allerdings ausgeglichen, als das Bundesgericht zu prüfen hatte, ob Prostituierte, die zur Ausübung ihres Gewerbes öffentlichen Grund beanspruchen, den Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit anrufen können³⁹. In der früheren Praxis wäre diese Frage zweifellos nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkürprüfung beurteilt worden⁴⁰, in Änderung seiner Rechtsprechung gelangte das Bundesgericht nunmehr zur Überzeugung, dass auch derjenige, welcher den öffentlichen Grund zum Zwecke der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit benütze, sich auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen könne und zwar in dem Masse, wie es die Zweckbestimmung des öffentlichen Grundes erlaube⁴¹.

Damit hatte das Bundesgericht zwar nicht seine subjektiv-defensive Grundrechtsdeutung verlassen⁴², wie sich im Verlauf der späteren Rechtsprechung deutlich zeigte⁴³, es hatte aber den ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten – und das ist hier bedeutsam – gleichermassen Wirkungskraft bei der Ausübung auf öffentlichem Grund verschafft.

c) Besserstellung von Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit durch das Verbot präventiver Einschränkungen?

Im Aleinick-Urteil bekräftigte das Bundesgericht den schon in Literatur und Presse weithin anerkannten Grundsatz, wonach die Pressefreiheit nur durch repressive,

38 Kritisch hierzu Hans Peter Moser, ZBl. 76 (1975) 270 f., welcher auch betont, ein ähnlicher bedingter Anspruch auf Benützung öffentlichen Bodens habe das Bundesgericht früher schon bei der Kultusfreiheit (BGE 49 I 152 f.) und beim Initiativrecht (BGE 97 I 897 f., vgl. auch ZBl. 75 (1974) 78) anerkannt; dazu auch Bosshart 116 f.; Saladin, Grundrechte im Wandel, Vorwort XVII fragt sich, nachdem in BGE 99 Ia 504 ff. ein Anspruch auf Benützung öffentlichen Bodens für gewerbliche Zwecke nicht anerkannt wurde, ob hiermit die "preferred-freedoms"-Doktrin indirekt bestätigt worden sei; vgl. auch Grisel, Juridiction 223.

39 BGE 101 Ia 473 ff., 481, Erw. 5b.

40 Bosshart 109 f. mit Hinweisen auf BGE 60 I 277; 59 I 270; 58 I 298 f. u.a.; Gygi Grundrechtskonkurrenz 72.

41 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 72 f.; Aubert, Les droits fondamentaux 13.

42 Stalder, 131.

43 J.P. Müller, ZBJV 115 (1979) 120 f. kritisiert am Entscheid 103 Ia 369 ff., dass sich das Bundesgericht mit seiner pauschalen Feststellung, dem Benutzer einer öffentlichen Anstalt stehe kein subjektives Recht auf Anstaltsbenützung zu, in Widerspruch zu seinen Entscheiden 100 Ia 392 ff. und 101 Ia 473 ff. gestellt habe, wo es "derartige oder ähnliche Ansprüche" geschützt habe. Dazu ist zu bemerken, dass vom Dulden einer gemeinverträglichen grundrechtlich schützenswerten Tätigkeit auf öffentlichem Grund und Boden bis zum (positiven) Anspruch auf Benützung einer (staatlichen) Anstalt doch noch ein grosser Schritt ist, den das Bundesgericht nicht zu machen gewillt war, ohne dass deswegen seine Rechtsprechung widersprüchlich erscheinen muss. Vgl. auch Gygi, Grundrechtskonkurrenz 72 f.; zum kritisierten Entscheid im übrigen vorn 83 f.

nicht aber durch präventive Massnahmen eingeschränkt werden dürfe⁴⁴. Der von diesem Grundsatz im Entscheid 60 I 108 ff. abweichenden Ansicht billigte das Bundesgericht Ausnahmecharakter zu. In diesem Entscheid stellte sich folgendes Problem: In Zürich war während eines Streiks von Angehörigen einer Berufsgruppe Redaktion, Druck und Verbreitung einer politischen Zeitung für eine bestimmte Zeit verboten worden. Die hinter der Zeitung stehende Genossenschaft erhob staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung der Pressefreiheit, namentlich mit dem Hinweis, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für das Verbot im Sinne von Art. 55 Abs. 2 der damals gültigen Fassung der Bundesverfassung.

Das Bundesgericht führte aus, dass Beschränkungen der Pressetätigkeit grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage bedurften. Wenn im vorliegenden Fall keine gesetzliche Grundlage das vom Regierungsrat erlassene Verbot positiv vorsehe, gelte die Abwehr von "ernsthaften Gefahren, die unmittelbar und offensichtlich der gesetzmässigen Ausübung der Staatsgewalt oder in der Öffentlichkeit den Rechtsgütern der Einzelmenschen, wie ihrem Leben, ihrer Gesundheit, ihrem Hab und Gut, drohen, durch geeignete, den Verhältnissen entsprechende Mittel", welche gegen den Störer gerichtet sein müssten, als "selbstverständliche, elementare polizeiliche Aufgabe" des Staates, die auch ohne Vorliegen einer entsprechenden Gesetzesbestimmung erfüllt werden müsse. Weiter führte das Bundesgericht aus, dass ausnahmsweise eine Zensur und die Unterdrückung einer Zeitung für kurze, vorübergehende Zeit gestattet sein müsse⁴⁵.

Im grundsätzlichen Verbot präventiver Massnahmen bei der Pressefreiheit kann nicht ein Kriterium für eine Höherbewertung von Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit erblickt werden, sondern es handelt sich um eine grundrechtsspezifische Ausgestaltung von (ungeschriebenen) Grundrechtsschranken, ohne dass in dieser ein Indizwert für eine Rangeinstufung der betreffenden Grundrechte enthalten ist. Die Pressefreiheit umfasst eben namentlich das Recht, Druckerzeugnisse *in den Verkehr zu bringen*; eine Presse, die nicht verbreitet werden darf, verlöre ihren Sinn⁴⁶. Hierin liegt die Besonderheit von Presse- und Meinungsäusserungsfreiheit, welche das Verbot präventiver Beschränkungen erfordert. Damit ist aber nichts über das Verhältnis dieser Grundrechte zu anderen – im Sinne einer Besserstellung – ausgesagt.

44 96 I 589, Erw. 6 mit Hinweisen auf Jacques Bourquin, *La liberté de la presse*, Diss. Lausanne 1950, 334; Ludwig 114, Aubert, *Traité* no 2094, S. 755; vgl. auch Stalder 137.

45 A.a.O. 121 f., Erw. 3, 124 Erw. 4.

46 BGE 96 I 589; ZBl. 81 (1980) 35 ff., BGE 104 Ia 88 ff.

- d) Berücksichtigung mehrerer Grundrechte bei Grundrechtskonflikten zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten als Folge einer Besserstellung ideeller Grundrechte?

Nachdem der älteren Praxis des Bundesgerichts vorgeworfen wurde, es habe die wirtschaftlichen Grundrechte auch insofern bevorzugt, als es beim Zusammentreffen beispielsweise der Handels- und Gewerbefreiheit mit der Pressefreiheit nach der Methode der Verdrängung der letzteren vorgegangen sei⁴⁷, könnte man sich fragen, ob die in letzter Zeit vom Bundesgericht angewandte differenziertere Betrachtungsweise bei solchen Konkurrenzfällen⁴⁸ auf die Besserstellung der ideellen Grundrechte zurückzuführen ist. Währenddem aber in BGE 101 Ia 252 ff. und im "Oktober"-Entscheid (ZBl. 78 [1977] 356 ff.) aus grundrechtlicher Sicht neuartige Lebenssachverhalte zu beurteilen gewesen sind, bei welchen die ideellen Motive offensichtlich dominiert haben⁴⁹, so dass kein Vergleich zur früheren Praxis möglich erscheint, erweist sich – worauf schon ausführlich hingewiesen worden ist⁵⁰ – BGE 98 Ia 56 ff. als eine interessante Kehrtwendung. Beim älteren Entscheid wurde offengelassen, ob die Meinungsäusserungsfreiheit eines Anwaltes bei einer öffentlichen Stellungnahme zu einem Verfahren überhaupt in den Schutzbereich der Presse- bzw. Meinungsäusserungsfreiheit fallen könne⁵¹. Im jüngeren Urteil liess das Bundesgericht diesbezüglich dagegen keine Zweifel mehr offen und prüfte in den nicht publizierten Erwägungen 4c–e unter anderem, ob die "betroffene" Meinungsäusserungsfreiheit neben der Handels- und Gewerbefreiheit einen weitergehenden Schutz vermittele, was es im konkreten Fall verneinte⁵².

Dennoch hängt die in neuerer Zeit angewandte Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Grundrechtskonkurrenzen eher mit einem grundsätzlichen Bestreben nach bestmöglicher Grundrechtsverwirklichung zusammen als mit der Betonung ideeller Grundrechtswerte. Ein differenziertes Vorgehen zur Lösung von Grundrechtskonflikten ist generell zu fordern, unabhängig davon, welcher Grundrechtsgruppe die beteiligten Grundrechte angehören. In diesem Sinn ist das Bundes-

47 Morand, Les droits fondamentaux 209 mit Hinweisen auf BGE 87 I 114.

48 BGE 101 Ia 252 ff.; ZBl. 78 (1977) 357 ff., neuerdings 103 Ia 426 ff.

49 Aubert, Les droits fondamentaux 27. Im Entscheid ZBl. 78 (1977) 357 ff. wurde gleichwohl die Tätigkeit der Beschwerdeführerin (Verkauf einer politischen Zeitschrift zum Preise von Fr. –.50) dem kantonalen Hausiergesetz unterstellt, was das Bundesgericht selbst aber unter dem Gesichtswinkel der Meinungsäusserungs- und Pressefreiheit als unbefriedigend taxierte. Die Unterstellung erfolgte "aus Gründen der Praktikabilität, der Rechtsgleichheit und der Rechtssicherheit", vgl. auch ZBl. 81 (1980) 36 f.

50 Vgl. vorn 58 f., 65, und 68 bei Anm. 125.

51 A.a.O. 63, Erw. 7.

52 In der nicht veröffentlichten Erwägung 4d dieses Entscheids erklärte das Bundesgericht ausdrücklich, der Meinungsäusserungsfreiheit ginge die Standesordnung der Anwälte vor. Es befasste sich also nur mit der Frage, welche Beschränkungen die Meinungsäusserungsfreiheit im konkreten Fall ertrage, was überflüssig gewesen wäre, wenn dieses Grundrecht nicht betroffen gewesen wäre.

gericht im übrigen auch im Entscheid 102 Ia 104 ff. vorgegangen, in welchem die Handels- und Gewerbefreiheit und die Eigentumsgarantie, also zwei "wirtschaftliche" Grundrechte, miteinander konkurriert haben.

III Fazit: Keine Rangunterschiede zwischen ideellen und wirtschaftlichen Grundrechten

Die Praxis des Bundesgerichts nach dem Aleinick-Urteil zeigt deutlich auf, dass das Bundesgericht der in jenen Erwägungen anerkannten privilegierten Stellung der Meinungsäusserungsfreiheit zum Trotz keine Rangunterschiede innerhalb der Grundrechte sichtbar machen wollte. Das Abstellen auf Rangunterschiede oder etwa gar die Schaffung einer eigentlichen abstrakten Rangordnung stünde der Forderung nach bestmöglicher Grundrechtsverwirklichung im Einzelfall diametral entgegen⁵³. Das Bundesgericht hat im Entscheid 99 Ia 604 ff., in welchem die Eigentumsfreiheit und die Handels- und Gewerbefreiheit konkurrierten, zum Verhältnis dieser Grundrechte betont, "les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées et non subordonnées, à moins que le constituant lui-même n'ait institué un ordre hiérarchique déterminé"⁵⁴. Selbst wenn aus der Praxis des Bundesgerichts vereinzelt gefolgert werden konnte, es seien einzelne Grundrechte besser als andere geschützt, kann doch mit absoluter Gewissheit festgestellt werden, dass das Bundesgericht für die Lösung von Grundrechtskonkurrenzen nie von Rang- oder Wertunterschieden einzelner Grundrechte ausgegangen ist⁵⁵.

IV Die unterschiedliche Ausgestaltung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte im Verfassungsentwurf 1977

Der Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung unterteilt den im dritten Kapitel des Verfassungsentwurfs 1977 enthaltenen Grundrechtskatalog in "ideelle und verfahrensmässige Grundrechte, die Rechtsgleichheit sowie die Grundrechte aus dem Bereich der Eigentums- und Wirtschaftsordnung"⁵⁶. Auffallend an dieser Einteilung ist die Differenzierung ideeller und wirtschaftlicher Grundrechte, welche durch die Dispositionsvariante zu den Art. 17 bis 19 des Verfassungsentwurfs noch unterstrichen wird⁵⁷. Zur Begründung

53 Gegen eine solche Rangordnung in der Schweiz: Zimmermann 43 f.; Gygi, Grundrechtskonkurrenz 66; Fischer 173 ff.

54 A.a.O. 618, Erw. 4d.

55 Gygi, Grundrechtskonkurrenz 66.

56 A.a.O. 30.

57 Vgl. Verfassungsentwurf 1977, Variante (nach Art. 19), S. 4.

für die Unterscheidung dieser Grundrechtsgruppen führt der Bericht aus, die ideellen Grundrechte (sowie die verfahrensmässigen und die Rechtsgleichheit) seien Grundprinzipien über die Beziehung von Mensch und Staat, die in ihrem Wesenskern auch in Zeiten raschen geschichtlichen und gesellschaftlichen Umbruchs unantastbar bleiben sollten, währenddem die Grundrechte aus dem Bereich der Sozial-, Eigentums- und Wirtschaftsordnung stärker in die Dynamik des sozialen Wandels hineingestellt seien und somit eines weniger harten "Kerngehaltes" bedürften. Formal äussert sich dieser Unterschied darin, dass Eigentumsgarantie und Wirtschaftsfreiheit "im Rahmen der Gesetzgebung" gewährleistet sind, wobei die Gesetzgebung so gestaltet werden muss, dass damit eigentums- und wirtschaftspolitische Ziele erreicht werden können.

Die Ausgestaltung der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit als Grundrechte "minderen Ranges"⁵⁸ hat in der Lehre eine heftige Kontroverse entfacht. Teilweise wurde die Ansicht vertreten, die vorgeschlagene Regelung des Verfassungsentwurfes schliesse an den heutigen Rechtszustand an⁵⁹, wobei der einzige Unterschied faktisch darin bestehe, dass auf das Erfordernis der "vollen Entschädigung" verzichtet werde, an deren Stelle nun aber "Zwischenlösungen" in der Entschädigungsfrage bei Eigentumsbeschränkungen ermöglicht würden, was von der "tatsächlichen Entwicklung" her gerechtfertigt erscheine⁶⁰. Der Vorbehalt der Gesetzgebung, welcher im übrigen am öffentlichen Interesse und an der Unantastbarkeit des Kerns (Art. 23), an der verfassungsrechtlich vorgesehenen Einführung eigentumspolitischer Zielsetzungen (Art. 17, 2 Abs. 4 und 30) und an den Grundsätzen staatlichen Handelns (Art. 4 und 5) wirksame Grenzen finde, bedeute die Übertragung politischer Verantwortung für die Eigentumspolitik auf Volk und Parlament und eine diesbezügliche Entlastung der Gerichte⁶¹.

Demgegenüber machten namhafte Autoren geltend, durch den Vorbehalt der Gesetzgebung büssten die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit ihren grundrechtlichen Stellenwert ein und würden zu gesetzmässigen Rechten degradiert, jedenfalls seien sie keine "echten" Grundrechte mehr⁶²; man könne geradezu von einem "Verzicht auf verfassungsmässige Eigentumsgarantie" sprechen⁶³.

Es würde zu weit führen, hier grundlegend in die Diskussion einzugreifen. Sicher sind Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit in besonderer Weise der Gefahr ausgesetzt, durch wirtschaftliche Machtkonzentration von Grosskonzernen und auch Konzentration von Grundeigentum, welches letztlich nur begrenzt vorhanden ist, beein-

58 Rohr 177 ff. Der Bericht 30 spricht demgegenüber von einer "Privilegierung der besonders persönlichkeitsnahen Grundrechte"; vgl. auch Thürer 37, der "privilegierte" und "relativierte" Grundrechte unterscheidet.

59 Wildhaber, Eigentumsordnung 159 (zur Eigentumsgarantie).

60 Binswanger, Garantie 170; derselbe, Eigentumsgarantie 114.

61 Binswanger, Garantie 171, ähnlich J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 280.

62 Huber, Die Wirtschaftsfreiheit 232 f.

63 Meier-Hayoz 146.

trächtig zu werden⁶⁴. Andererseits birgt eine zu grosse Öffnung dieser – historisch doch als “integrierende Bestandteile einer umfassenden Garantie der persönlichen Entfaltung”⁶⁵ zu betrachtenden – Grundrechte für den Gesetzgeber die Gefahr in sich, dass deren Normbereiche auf das Niveau gesetzlicher Bestimmungen herabgedrückt werden⁶⁶. Jedenfalls kann trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie gegenüber den ideellen Grundrechten festgestellt werden, dass im Verfassungsentwurf 1977 keine Hinweise enthalten sind, welche auf bewusst vorgenommene Rangunterschiede zwischen diesen Grundrechtsgruppen hindeuten, welche gegebenenfalls bei Grundrechtskonkurrenzen Auswirkungen haben könnten. Vielmehr beinhaltet die für alle Grundrechte gemeinsam geltende Vorschrift über die Grundrechtsschranken in Art. 23 des Entwurfes zusammen mit den Grundsätzen staatlichen Handelns in Art. 4 und 5 eine gewisse gegenseitige Annäherung der einzelnen Grundrechte⁶⁷.

§ 16 Andere Kriterien für die Höherbewertung einzelner Grundrechte oder Grundrechtsgruppen

I Die Anerkennung einer Art unantastbaren Wesens- oder Kerngehaltes

A) Allgemeines

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass in der Schweiz – im Gegensatz zu Deutschland – aufgrund anders gelagerter Voraussetzungen kaum versucht wurde, Rangunterschiede unter den Grundrechten als Folge unterschiedlich ausgestalteter Grundrechtsschranken aufzuzeigen. Die Schrankendivergenz unter den Grundrechten hat in der Schweiz bedeutend weniger Anlass zu derartigen Spekulationen als im nördlichen Nachbarland geboten, wohl auch deshalb, weil die Ausgestaltung der Grundrechtsschranken über weite Strecken eine Aufgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellte. Besitzen somit die Schranken der einzelnen Grundrechte im schweizerischen Verfassungsrecht grundsätzlich keinen Indizwert für die Rängeinstufung von Grundrechten oder Grundrechtsgruppen so fällt – nebst der grund-

64 Binswanger, Garantie 172; Steiner 214 ff.; Gygi, Wirtschaftsfreiheit 102; Schlumpf 90 betont, dass im Verfassungstext lediglich sichtbar werde, was “verbreitete Erkenntnis” sei, dass nämlich Wirtschaftspolitik des Staates nicht eo ipso die Wirtschaft beeinträchtigt, sondern häufig vonnöten sei, um diese zu sichern. Gleiches gelte auch für die Eigentumspolitik.

65 Rohr 178.

66 Huber, Die Wirtschaftsfreiheit 233.

67 J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 280. Gygi, Wirtschaftsfreiheit 104, konstatiert zur entsprechenden Variante des Verfassungsentwurfes 1977, der Wirtschaftsfreiheit werde ungerechtfertigt ein niedrigerer Rang als den übrigen Grundrechten zugeordnet. Dem gelte es bestimmt entgegenzutreten.

legenden Unterscheidung von Grundrechten, welche keinesfalls präventive Einschränkungen dulden⁶⁸ – immerhin auf, dass das Bundesgericht bei einzelnen Grundrechten eine Art unantastbaren Kerngehalt gewährleistet hat⁶⁹. Man könnte sich fragen, in welcher Weise dieser Umstand in bezug auf die Frage von Wertunterschieden unter Grundrechten bedeutsam ist.

B) Der unantastbare Wesensgehalt der persönlichen Freiheit, der Eigentumsgarantie und der Handels- und Gewerbefreiheit in der Praxis des Bundesgerichts

1. Persönliche Freiheit

In seiner sehr weitgehenden Umschreibung des Schutzbereichs der persönlichen Freiheit im Entscheid 97 I 45 ff. hielt das Bundesgericht auch fest, dass Eingriffe in dieses Grundrecht nur zulässig seien, soweit sie auf gesetzlicher Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen und “wenn sie das Grundrecht überdies weder völlig unterdrücken noch seines Gehaltes als fundamentale Institution unserer Rechtsordnung entleeren”⁷⁰. Damit genieße der Wesenskern der persönlichen Freiheit “absoluten Schutz”, jedoch lasse sich “mit Rücksicht auf die dem Wandel unterworfenen ethische Wertordnung und in Anbetracht der sich verändernden Sozialverhältnisse” dieser Wesenskern nicht verbindlich festlegen, sondern es müsse von Fall zu Fall entschieden werden, ob staatliche Eingriffe mit der persönlichen Freiheit vereinbar seien⁷¹. Im Entscheid 98 Ia 508 ff. erklärte es dann konkret, das Recht auf Leben zeichne sich gegenüber dem übrigen durch das Grundrecht der “individuellen Freiheit” gewährleisteten Persönlichkeitsschutz dadurch aus, dass jeder absichtliche Eingriff zugleich eine Verletzung dieses absolut geschützten Wesenskerns bedeute. Auch bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses sei ein Eingriff in das Recht auf Leben undenkbar⁷².

Dagegen gelte das Bestimmungsrecht über den toten Körper – welches grundsätzlich durch das Grundrecht der persönlichen Freiheit mitgewährleistet wird –

68 Siehe vorn 112 f.

69 Das Bonner Grundgesetz bestimmt in Art. 19 Abs. 2 für alle Grundrechte: “In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden”; dazu vor allem Häberle, Wesensgehaltgarantie.

70 A.a.O., 49 f. Erw. 3 mit Hinweisen auf BGE 95 I 360 Erw. 2; 91 I 34 Erw. 2, 90 I 36 f., vgl. auch 104 Ia 480 ff., 487, Erw. 4b.

71 A.a.O. 50. Saladin, Grundrechte im Wandel 291 fordert Richtlinien aus philosophischen oder religiösen Glaubenssätzen zur Erfassung dieses Wesensgehaltes, vgl. auch Vorwort XIII.

72 A.a.O. 514, Erw. 4a, vgl. auch J.P. Müller, Recht auf Leben 457 ff.; Aubert, Les droits fondamentaux 14 bezeichnet dies als “lapsus”, da ja beispielsweise das Militärstrafrecht für gewisse im Aktivdienst begangene Delikte die Todesstrafe vorsehe; Haller 137, Anm. 83 hält es – ebenfalls entgegen der absoluten Formulierung des Bundesgerichts – für zulässig, dass ein Polizeigesetz als ultima ratio den Todesschuss, zum Beispiel zur Befreiung von Geiseln, vorsehe.

nicht unbeschränkt, da es nicht Bestandteil des absolut geschützten Kerns darstelle⁷³.

2. Eigentumsgarantie

Das Bundesgericht stellte wiederholt fest, vor der Eigentumsgarantie als Instituts-garantie hielten nur solche Eingriffe stand, die den Wesenskern des Privateigentums als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Eigentumsordnung unangetastet liessen⁷⁴, ohne dass jeweils Einbrüche in diesen Wesenskern zu beurteilen waren, weshalb offen bleiben musste, unter welchen Voraussetzungen eine solche Verletzung vorliegt. SALADIN warnt im übrigen vor einer Gleichsetzung von "Wesenskern" und Instituts-garantie⁷⁵.

3. Handels- und Gewerbefreiheit

Im bereits in anderem Zusammenhang erwähnten Entscheid 99 Ia 604 ff. äusserte das Bundesgericht im Zusammenhang mit Eingriffen in die Handels- und Gewerbefreiheit: "Sans doute l'exception ne doit-elle pas vider la règle de sa substance"⁷⁶. Es bestätigte diese Formulierung im Urteil 102 Ia 104 ff., als es in bezug auf raumplanerische Massnahmen festhielt, der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit dürfe gegenüber derartigen Eingriffen nicht "völlig seines Gehalts entleert" werden⁷⁷.

C) Keine Privilegierung der mit einem Schutz des Kerngehaltes versehenen Grundrechte

Auch wenn MORAND zur Verdeutlichung des privilegierten Charakters der Meinungsäusserungsfreiheit, wie er im Aleinick-Urteil zum Ausdruck gebracht wurde, fordert, es sei ein unantastbarer Kerngehalt dieses Grundrechts anzuerkennen⁷⁸, taugt dieser Wesenskern nicht für eine grundsätzliche Werteinstufung innerhalb der Grundrechte. Zunächst ist gar nicht klar bestimmt und bestimmbar, welches diese

73 A.a.O. 523, Erw. 8c; J.P. Müller, Recht auf Leben 469.

74 BGE 99 Ia 35 ff., 37, Erw. 3; 101 Ia 502 ff., 514, Erw. 5bb; 103 Ia 417 ff., 418, Erw. 2.

75 Grundrechte im Wandel 366 mit Hinweisen; Mastronardi 96 bei Anm. 54.

76 A.a.O. 618, Erw. 4d.

77 A.a.O. 116, Erw. 5a.

78 Tendances 51.

letzte unantastbare Substanz der jeweiligen Grundrechte wäre⁷⁹, und bisher ist auch kein kantonaler Entscheid oder Erlass wegen Verletzung eines solchen Wesenskerns als nichtig erklärt worden⁸⁰. Jedenfalls stünde die Anerkennung eines Wesenskerns nicht weit entfernt von der Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips, welches generell bei Grundrechtseingriffen zu beachten ist⁸¹. Dies gesteht selbst der Bericht der Expertenkommission für die Vorbereitung einer Totalrevision der Bundesverfassung ein, welche die Aufnahme des unantastbaren Kernbereichs der Grundrechte im übrigen als Gegengewicht gegen die "Überbewertung der öffentlichen Interessen" verstanden haben will⁸².

II Die unverzichtbaren und unverjähren Grundrechte als höherrangige Grundrechte?

A) Allgemeines

In der vom Bundesgericht entwickelten Lehre von den unverzichtbaren und unverjähren Grundrechten erkennt J.P. MÜLLER eine Anerkennung der "Vorrangstellung der unmittelbar auf den Menschen (...) oder die demokratische Meinungsbildung (...) bezogenen Grundrechte"⁸³. Auch MASTRONARDI stellt fest, diese Kategorie von Grundrechten sei bestimmt, die Menschenwürde zu gewährleisten, so seien denn vorwiegend Grundrechte, welche "dem Eigenwert des Individuums besonders nahe" stünden und die Persönlichkeit schützten, als solche Grundrechte anerkannt⁸⁴. Wieweit hier wirklich die "Nähe zur Menschenwürde" eine besondere —

79 J.P. Müller, Persönlichkeitsschutz 103 ff. Wörtlich hält J.P. Müller fest: "*Absoluter Gehalt des Grundrechtsschutzes ist nicht ein bestimmter, minimaler Bereich der Handlungsfreiheit, sondern der Wert der einzelnen Persönlichkeit, der auch bei Kollision mit ganz existenziellen staatlichen Interessen voll in die Waagschale zu legen ist ... Unter dem Wesensgehalt eines Grundrechts muss man ... die unbedingte (d.h. durch keinen staatlichen Zweck oder irgendwelche sonstige gesellschaftliche Nützlichkeit bedingte) Forderung verstehen, auch angesichts ganz elementarer Gemeinschaftsbedürfnisse den Einzelmenschen in seinem Eigenwert zu achten und jedes staatliche Handeln soweit nur möglich an den elementaren Erfordernissen der Persönlichkeitsentfaltung, wie sie in den einzelnen Grundrechten Gestalt gefunden haben, ausrichten*" a.a.O. 104/105 (Hervorhebungen im Originaltext).

80 Aubert, Les droits fondamentaux 25 f.; Mastronardi 95.

81 Aubert, Les droits fondamentaux 26.

82 A.a.O. 53; J.P. Müller, Grundrechte 82. Die Dispositionsvariante im Verfassungsentwurf 1977 (Verbannung der Art. 17–19 in das 4. Kapitel) hätte freilich zur Folge, dass Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie nicht mehr vom unantastbaren Kern des Art. 23 Abs. 1 erfasst würden. Damit hätte sich nach Ansicht der Minderheit der Expertenkommission die "Privilegierung der besonders persönlichkeitsnahen Grundrechte" verdeutlichen lassen; Bericht 30.

83 Staatsleitende Grundsätze 279; entgegen der von J.P. Müller angeführten beispielhaften Aufzählung figuriert die Pressefreiheit allerdings nicht unter den unverzichtbaren und unverjähren Grundrechten; vgl. Leuenberger 36 ff.

84 A.a.O. 76.

allenfalls "höherwertige" Kategorie von Grundrechten zu schaffen geeignet ist, soll im folgenden kurz beleuchtet werden.

B) *Entwicklung und Bedeutung der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten*

1. Entwicklung der Lehre in der Praxis des Bundesgerichtes

Im Entscheid 28 I 127 ff. vereinheitlichte das Bundesgericht eine bis dahin eher vom Zufall geprägte Rechtsprechung bezüglich der Nichtbeachtung der Befristungsregel bei staatsrechtlichen Beschwerden, als es auf eine Beschwerde eintrat, mit der ein Mann die Ausweisung aus einem Kanton anfocht, die den Vollzugsakt zu einem fünf Jahre zuvor gefassten Beschluss bildete. Das Bundesgericht stellte fest, auf eine Reihe von Rechten, welche die öffentliche Ordnung und das allgemeine Interesse sicherten und im Interesse der Individuen lägen, könne aufgrund ihrer Natur nicht verzichtet werden, weshalb ihre Geltendmachung durch die Missachtung der Beschwerdefrist nicht zu verhindern sei. Unter anderem sei dies bei der Glaubens- und Gewissensfreiheit, Kultusfreiheit, Ehefreiheit, dem Verbot des Schuldverhaftes und der körperlichen Strafen, dem Verbot der Todesstrafe, dem Verbot, einen Schweizer aus seinem Heimatkanton auszuweisen, sowie bei der Niederlassungsfreiheit der Fall⁸⁵. Nachdem diese Praxis lange Zeit nur noch im Zusammenhang mit der Niederlassungsfreiheit angewandt worden war, nannte das Bundesgericht im Entscheid 88 I 260 ff. erstmals wieder ausdrücklich den Katalog dieser unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte. Es erklärte, wo das Postulat der richtigen Durchführung des objektiven Rechts den Vorrang vor den Anforderungen der Rechtssicherheit verdiene, rechtfertige es sich, die im OG nicht ausdrücklich geregelte Anfechtbarkeit von Vollzugsakten dann zu erweitern, wenn das Interesse am Schutz des in Frage stehenden verfassungsmässigen Rechtes weit schwerer wiege als dasjenige an der dem Art. 89 OG zugrunde liegenden Rechtssicherheit⁸⁶. Dies traf für alle schon in 28 I 127 ff. genannten Grundrechte zu, auch die später als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht anerkannte persönliche Freiheit wurde noch in den Katalog aufgenommen⁸⁷. Später bestätigte das Bundesgericht diesen Katalog wiederholt⁸⁸, lehnte aber eine Erweiterung desselben um die Versammlungsfreiheit⁸⁹ ab. Ebenso verfuhr es bezüglich der Handels- und Gewerbefreiheit⁹⁰.

85 Leuenberger 36 ff.

86 Birchmeier 319.

87 Leuenberger 40.

88 93 I 351; 97 I 916 mit der in 88 I 260 ff. nicht genannten Kultusfreiheit; Leuenberger 40, Anm. 104.

89 BGE 97 I 911 ff.

90 100 Ia 296.

und der Eigentumsgarantie⁹¹. Im Entscheid 90 I 37 taucht schliesslich noch zusätzlich der Hinweis auf, die unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechte seien bestimmt, die Menschenwürde zu gewährleisten⁹².

2. Die Bedeutung der Lehre von den unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechten

Interessant ist die Feststellung LEUENBERGERS, wonach die Lehre von den unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechten seit dem Entscheid 88 I 260 ff. keine praktische Bedeutung – als *ratio decidendi* – mehr erlangt habe, sondern nur deklaratorisch in obiter dicta zitiert worden sei. Zurecht stellt LEUENBERGER sich die Frage, ob die Lehre überhaupt je voll zur Anwendung gelangt sei⁹³.

Von kritischen Stimmen wurde verschiedentlich eine Erweiterung des Kataloges dieser Rechte gefordert, da die vom Bundesgericht angeführten Kriterien auch auf andere Grundrechte zutreffen⁹⁴. MARTI hält eine grundsätzliche Ausdehnung der Lehre auf andere Grundrechte für wünschbar, schränkt aber ein, es sollten dafür nur bei besonders intensiven Eingriffen in den “Wesensgehalt” eines Grundrechtes die Vorteile der Unverzichtbarkeit und Unverjährbarkeit zum Zuge kommen⁹⁵. Ähnlich argumentiert schliesslich auch LEUENBERGER, welcher fordert, es sei in einzelfallmässiger Wertabwägung zu entscheiden, “welche Grundrechtsverletzung in welchem konkreten Sachzusammenhang eine Ausnahme von der Beschwerdefrist” rechtfertige⁹⁶.

Die Aufrechterhaltung der privilegierten Kategorie der unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechte ist jedoch generell abzulehnen. Zum einen sind die jetzt zur Differenzierung verwendeten Kriterien untauglich⁹⁷, vor allem deshalb, weil sie für alle Grundrechte gelten müssen und nicht nur für eine spezielle Kategorie. Die Aufzählung des Kataloges unverzichtbarer und unverjähbarer Grundrechte kann als

91 88 I 271.

92 Was nach der Ansicht Mastronardis schon – wohl stillschweigend – in der ursprünglichen Konzeption dieser Lehre enthalten war, a.a.O. 76, Anm. 33.

93 A.a.O. 42 f.

94 Saladin, Grundrechte im Wandel 292, Morand, Tendances 23 ff., 33, 50 f., welche beide den Einbezug der Meinungsäusserungs- bzw. Pressefreiheit in diese Kategorie von Grundrechten fordern. Hirschi 63 vertritt die Auffassung, dass eine Interessenabwägung zwischen Rechtssicherheit und Durchsetzung des richtigen Rechts konsequenterweise in jedem Fall der Verletzung von verfassungsmässigen Rechten zugelassen werden sollte, was aber – bei entsprechender Prüfung in jedem Einzelfall – den Sinn der Befristung der staatsrechtlichen Beschwerde, die Rechtssicherheit nämlich, gänzlich aushöhlen würde.

95 Staatsrechtliche Beschwerde 38; derselbe, Probleme der staatsrechtlichen Beschwerde, ZSR NF 81 II (1962) 19, insbesondere scheint Marti die Aufnahme der Handels- und Gewerbe-freiheit in den Kreis der unverzichtbaren und unverjähbaren Grundrechte zu befürworten.

96 A.a.O. 126.

künstlich und eher zufällig bezeichnet werden⁹⁸. Selbst wenn man diesen Kreis generell erweitern wollte, wobei dann nur noch qualifizierte Grundrechtsbegrenzungen im Einzelfall erlauben sollten, die richtige Durchsetzung des Rechts vor die Rechtssicherheit zu stellen, wäre keine befriedigende Lösung gefunden. Denn damit würden auf andere Weise Rechtsunsicherheiten provoziert, weil eine allgemein gültige Abgrenzung für solch qualifizierte Grundrechtseinschränkungen nicht möglich wäre. Allerdings wäre wenigstens eine formale Gleichbehandlung aller Grundrechte gewährleistet⁹⁹. Angesichts der äusserst geringen praktischen Bedeutung der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten gerade in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtes rechtfertigt es sich, auf diese Differenzierung fortan sogar ganz zu verzichten. Dass die Kategorie der unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte als Privilegierung einer Grundrechtsgruppe verstanden werden muss, ist in der herrschenden Lehre anerkannt¹⁰⁰. Andererseits hat sich das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung nur sehr oberflächlich mit der Frage auseinandergesetzt, worin sich diese Kategorie gegenüber den anderen Grundrechten besonders auszeichnet. Dies wird besonders deutlich im Entscheid 97 I 911 ff., wo das Bundesgericht der Versammlungsfreiheit den Rang eines unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechtes verweigert, mit folgender Begründung: “La liberté de réunion ne figure pas dans cette liste, qu’il n’y a pas bien d’étendre, en raison du caractère exceptionnel des dérogations de procédure accordées aux droits qui y figurent.” Bezüglich der Handels- und Gewerbefreiheit begnügte sich das Bundesgericht mit der lapidaren Feststellung, ein “derartiger Ausnahmefall” (gemeint ist die Möglichkeit der Anfechtung einer Einzelverfügung mittels staatsrechtlicher Beschwerde, welche auf einer früheren Einzelverfügung beruht und diese vollzieht oder bestätigt), liege “nach der Rechtsprechung” im Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vor¹⁰¹. Damit entzog sich das Bundesgericht der heiklen Frage, ob die Versammlungsfreiheit und vielleicht auch die Handels- und Gewerbefreiheit nicht ebenso sehr “um der öffentlichen Ordnung willen, wie zum Schutz des Einzelnen verfassungsmässig gewährleistet” werde¹⁰². Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik hätte wohl einerseits die Untauglichkeit dieser Qualifikationskriterien und andererseits in deren Gefolge die Fragwürdigkeit der Lehre von den unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechten schlechthin aufgedeckt.

98 Bersier 57 f; Leuenberger 81 ff.; Kaufmann, Bestand 480, bezeichnet den Katalog als “etwas willkürlich”.

99 Hirschi 63.

100 J.P. Müller, Staatsleitende Grundsätze 279.

101 BGE 100 Ia 296 mit Hinweis auf BGE 88 I 271; 93 I 351; 97 I 916.

102 Vgl. die entsprechende Umschreibung der Voraussetzungen für die Anerkennung unverzichtbarer und unverjährbarer Grundrechte in BGE 88 I 260 ff, 267; Leuenberger 17 ff., 29 ff.; vgl. auch vorn 78 f.

III Ergebnis: Keine Kriterien für eine unterschiedliche Wertigkeit verschiedener Grundrechte

Das schon beim Vergleich der ideellen mit den wirtschaftlichen Grundrechten vorgefundene Ergebnis, nämlich das Fehlen von hierarchisch fassbaren Strukturen unter einzelnen Grundrechten bzw. Grundrechtsgruppen, bestätigt sich auch in bezug auf weitere mögliche Wertungskriterien. Was diesbezüglich in Deutschland festgestellt worden ist, muss analog für die Schweiz gelten: Unterschiedliche sprachliche Formulierungen bei der Bestimmung der Schutzbereiche einzelner Grundrechte sind in erster Linie durch die Verschiedenheit der garantierten Materien, durch die sachliche Eigenständigkeit der zu konkretisierenden Grundrechtsnormen bedingt¹⁰³. Aus diesen formalen Differenzen dürfen keine Rückschlüsse auf eine höhere oder niedere Wertigkeit einzelner Normen gezogen werden. Vielmehr gilt es zu beachten, dass – unabhängig vom Inhalt der einzelnen Normen und ihrer systematischen Zuordnung im Verfassungstext – die gesamte Verfassung als Einheit verstanden werden muss¹⁰⁴. Als wesentliche Konsequenz aus diesem Verständnis folgt, dass alle Rechtssätze der Verfassung gleichrangig sind¹⁰⁵. In engem Zusammenhang mit diesem Grundsatz steht aber auch das Prinzip der “praktischen Konkordanz”, welches verlangt, dass verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter in konkreten Problemlagen einander derart zugeordnet werden müssen, dass jedes von ihnen verwirklicht werden kann. Dies verbietet, bei Konflikten nach irgendwelchen abstrakten Abwägungsmethoden vorzugehen und verlangt, dass beide konkurrierenden Rechtsgüter soweit zu begrenzen sind, dass sie zu bestmöglicher Wirksamkeit gelangen¹⁰⁶.

103 F. Müller, Normstruktur 212 ff.

104 Häfelin, Verfassungsgebung 88 f.; K. Hesse 28 f.; Huber, Formenreichtum 183; Scheuner, Pressefreiheit 53.

105 Häfelin, Verfassungsgebung 88.

106 K. Hesse 28 f.

Lebenslauf

Ich wurde am 13. Juni 1951 in Hirzel/ZH geboren. Nach Absolvierung der Primarschule in Affoltern am Albis besuchte ich vom Frühjahr 1964 bis Herbst 1970 die Kantonsschule Zürichberg, welche ich mit der Matura Typus B abschloss. In der Folge immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Mein Studium, das von verschiedenen Militärdienstleistungen unterbrochen wurde, beendete ich im Februar 1976 mit dem Lizentiat. Danach war ich bis Ende August 1978 als persönlicher wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. U. Häfelin am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht beschäftigt. Seit September 1979 bin ich am Bezirksgericht Zürich tätig; zur Zeit als Sekretär am Mietgericht. Am 15. Juli 1981 erfolgte die Promotion zum Doktor beider Rechte.

Im August 1976 verheiratete ich mich mit Béatrice Weber; im November 1979 kam unsere Tochter Mirjam zur Welt.

